

INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE LOS
REQUISITOS MATERIALES Y FORMALES PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA
DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

Estudio aplicado en el Distrito Judicial de Cúcuta en los delitos de homicidio
culposo en los accidentes de tránsito en estado embriaguez

JUAN GUILLERMO FERNÁNDEZ MEDINA
Investigador

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN
UNIVERSIDAD LIBRE DE CÚCUTA
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
2018

INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE LOS
REQUISITOS MATERIALES Y FORMALES PARA LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA
DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

Estudio aplicado en el Distrito Judicial de Cúcuta en los delitos de homicidio
culposo en los accidentes de tránsito en estado embriaguez

JUAN GUILLERMO FERNÁNDEZ MEDINA

Investigador

Tesis presentada como requisito para optar al título de Magister en Derecho
Procesal Contemporáneo

Director

Doctora MONICA MARÍA BUSTAMENTE RÚA

UNIVERSIDAD DE MEDELLIN
UNIVERSIDAD LIBRE DE CÚCUTA
MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO
2018

ÍNDICE

1. TITULO.....	6
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
3. MARCO TEÓRICO.....	12
3.1. CAPÍTULO I. La medida de aseguramiento de detención preventiva en la doctrina, la legislación y el Derecho Comparado.....	12
3.1.1. El concepto de la medida de aseguramiento	12
3.1.2. La medida de aseguramiento de detención preventiva	19
3.1.3. La medida de aseguramiento de detención preventiva en la legislación colombiana	23
3.1.4. La medida de aseguramiento en el Derecho Comparado	34
3.2. CAPÍTULO II. Criterios de interpretación desde los instrumentos internacionales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.	49
3.2.1. El derecho a la libertad y la detención preventiva en los instrumentos internacionales	49
3.2.2. La presunción de inocencia en los instrumentos internacionales.....	61
3.2.3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la medida de aseguramiento de detención preventiva	66
3.2.4. La compatibilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva con la presunción de inocencia en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia	75
3.3. CAPÍTULO III. Requisitos materiales y formales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva desde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina	78
3.3.1. Los requisitos materiales y formales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva: análisis general desde la doctrina y la legislación.....	79

3.3.2. Descripción específica de los requisitos formales y materiales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en Colombia	92
3.3.2.1. Requisito 1. En virtud de mandamiento escrito por autoridad judicial competente: la reserva judicial	92
3.3.2.2. Requisito 2. Con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley: el principio de legalidad	94
3.3.2.3. Requisito 3. Se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.....	96
3.3.2.4. Requisito 4. [...] siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.	101
3.3.2.5. Requisito 5. [...] siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.....	104
3.3.2.6. Requisito 6. [...] siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.	107
3.3.2.7. Requisito 7. [...] procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario en los siguientes casos: 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializado [...], 2. Delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, 3. Delitos del Título VIII -Libro II- con defraudación que excede 150 SMMLV	109
3.3.3. Consideraciones finales	110
3.4. CAPÍTULO IV. Interpretación por los jueces control de garantías en el municipio de San José Cúcuta de los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en el delito de homicidio culposo en accidentes de tránsito por estado embriaguez.....	112
3.4.1. El rol del Juez de Control de Garantías.....	112

3.4.2. El delito de homicidio culposo en accidente de tránsito por estado de embriaguez.....	117
3.4.3. Hallazgos de las entrevistas aplicadas a Jueces de Control de Garantías.....	120
3. OBJETIVOS	130
3.1. Objetivo general.....	130
3.2. Objetivos específicos	130
4. PROPÓSITO	131
5. HIPÓTESIS	132
6. METODOLOGÍA.....	133
6.1. Tipo de estudio	133
6.2. Población	133
6.3. Diseño muestral	134
6.4. Diseño de plan de datos	135
6.5. Plan de análisis.....	136
6.6. Procesamiento del dato	137
7. RESULTADOS	138
8. CONCLUSIONES.....	151
9. RECOMENDACIONES	155
10. ÉTICA	156
11. BIBLIOGRAFÍA	157

1. TITULO

Interpretación de los jueces de control de garantías de los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Estudio aplicado en el Distrito Judicial de Cúcuta en los delitos de homicidio culposo en los accidentes de tránsito en estado embriaguez.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de la investigación puede ser observado desde varias perspectivas. Un primer ángulo del problema se encuentra delimitado por la misma naturaleza de la medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual ha conllevado a que sea objeto de diversidad de posturas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional e internacional. Bajo este punto de observación, se entiende la detención preventiva como una posible medida que afecta derechos fundamentales como la libertad personal, el debido proceso y la presunción de inocencia, pero que encuentra en los criterios de aplicación materiales y formales el argumento preciso que armoniza tanto los derechos de los procesados como la necesidad/obligación del Estado de proteger a la comunidad, las víctimas y llevar a cabo su política criminal.

Se trata de un problema jurídico nada nuevo. Por el contrario, siempre se ha presentado una discusión a fondo sobre la efectividad y legalidad de la medida de detención preventiva. Los instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Convención Americana de derechos Humanos (o Pacto de San José) de 1969, señalan que la regla general es la libertad personal del procesado, pero así mismo, disponen la posibilidad de medidas de aseguramiento excepcionales siempre y cuando se cumplan un conjunto de requisitos tanto sustanciales como procedimentales.

Desde lo anterior, resulta necesario y oportuno que se estudie la forma en que interpretan los Jueces de Control de Garantías los requisitos tanto materiales como formales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues la forma de hacer compatible dicha medida con derechos fundamentales como la libertad personal o la presunción de inocencia encuentran

lugar en la actividad judicial que realizan este tipo de autoridades judiciales. De esta manera, una errónea interpretación puede conllevar a la vulneración de estándares internacionales sobre Derechos Humanos, y por tanto, a la responsabilidad del Estado colombiano pues frente a detenciones arbitrarias o ilegales, la persona puede solicitar la reparación debida. En otros términos, no se trata solo de tener claridad y precisión desde las normas legales sobre los requisitos que se deben cumplir para la imposición de la medida de aseguramiento (v.g. mandamiento escrito por autoridad competente, información debida de hechos y cargos, cumplimiento de algunos de los fines establecidos en la Ley, inferencia razonable, necesidad, tiempo prudencial, entre otros), también incluye la capacidad de los Jueces de Control de Garantías para trasladar las diferentes normas que regulan este tema a cada uno de los casos que son objeto de conocimiento y análisis. Como se ha destacado, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva sin el cumplimiento de requisitos materiales y formales es una grave violación sobre derechos fundamentales que encuentran un lugar especial tanto en los instrumentos internacionales como en las constituciones políticas.

Al año 2016 la Fiscalía debía por reparaciones producto de detenciones injustas cerca de 470 mil millones de pesos y enfrentaba 9.731 demandas por esta razón¹. Sin duda, se observa que hay una falla dentro de la actividad investigativa y judicial que realiza tanto el ente acusador como los jueces que conocen de los casos en sus diferentes instancias, y que como resultado de las mismas, provocan lesiones sobre derechos fundamentales tutelables. Es posible que la manera en que interpretan y llevan a la práctica los requisitos materiales y formales de la detención preventiva pueda constituir una de las principales causas de estos resultados que evidencian un alto grado de ineffectividad en la administración de justicia.

¹ Diario El Tiempo. Fiscalía debe más de \$ 470.000 millones por detenciones injustas. Artículo de prensa publicado el 1º de febrero de 2016. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16497834> Consulta: 28/06/2018]

Ahora bien, el problema de investigación también se configura desde la realidad del delito sobre el cual se aborda este tema jurídico: el homicidio culposo en accidentes de tránsito por estado de embriaguez. La accidentalidad vial es un problema de salud pública, ya que se demuestra con las cifras alarmantes que presentan los diversos medios de comunicación y la Organización Mundial de la Salud, la cual indica que el país con mayor número de accidentes de tránsito, es República Dominicana, seguido de Brasil, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Ecuador². Entre tanto, pese a que Colombia no se encuentra en primeros lugares, es preocupante tal situación y el Gobierno Nacional lo reconoce, puesto que en 54 años han muerto más de 220.000 personas³. Además se anota que las víctimas y los infractores son jóvenes entre 15 y 29 años de edad.

En Colombia, en el 2010 se registraron 1710 accidentes producidos por consumo de alcohol, los cuales ocasionaron 424 fallecidos y 2.124 lesionados y en el 2011 solo durante el mes de Enero se presentaron 75 fallecidos por la misma causa ya para Abril el aumento de la accidentalidad era del 24%. La disposición de los ciudadanos no tiende a mejorar, en el 2010 se practicaron 2.982.643 pruebas de alcoholemia, de las que 46.647 resultaron positivas y durante el 2011 se aplicaron 22.910 comparendos a conductores en estado de embriaguez, ya para el 2012 la cifra subió de forma alarmante a 45.592 casos de accidentalidad por causas múltiples, lo que forzó al estado en el año siguiente a emitir la ley 1696 de 2013, que indica que si un conductor es sorprendido en estado de embriaguez, tiene la posibilidad de recibir las siguientes sanciones: multas, suspensión permanente de

² KOGAN, Enrique. ¿En qué país de América Latina mueren más personas en accidentes de tránsito? [En línea]. Recuperado de: <https://eldiariom.com/2015/10/21/pais-america-latina-mueren-mas-personas-accidentes-transito/> [Consulta: 28/07/2017]

³ PALOMINO, Sally. En Colombia muere más gente por accidentes viales que por el conflicto. [En línea]. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2015/12/17/colombia/1450367463_511748.html [Consulta: 28/07/2017]

la licencia o agravantes en el caso de presentarse víctimas y ser acusado de asesinato culposo⁴.

En el 2015 se presentó un aumento del 3% de los casos, con 5.504 personas muertas y 36.618 lesionadas y para el 2016 hubo 7.158 muertos en todo el país por la misma causa, por lo que en ese entonces el Gobierno Nacional destino 37.800 millones de pesos para financiar programas de prevención de accidentes en los departamentos de Cundinamarca, Antioquia, Atlántico, Córdoba, Sucre, Boyacá, Norte de Santander, Caquetá, Arauca, Tolima, Santander, San Andrés, Huila, Cesar, Bolívar, Magdalena y valle⁵.

En el 2017 se encontró una disminución en la accidentalidad y sobre todo en los casos de abuso del licor mientras se conduce, así como la aplicación de sanciones ejemplares como las multas que rondan los 28 millones de pesos por ser descubierto al volante en estado de embriaguez así como la suspensión permanente de la licencia, cuestiones que ya se habían comentado en la explicación de la ley 1696 de 2013. Mientras tanto, en Cúcuta se siguen presentando problemas de accidentalidad sin resultados óptimos con las medidas que se han tomado hasta ahora a nivel nacional, la receptividad de valores cívicos en la ciudad es mínimo.

Los conductores de motocicletas son irresponsables con el código de vestimenta que se les solicita y la justicia es permisiva ante estos desacatos, lo cual incentiva la incidencia de las infracciones y por ende de los accidentes, que han posicionado a esta ciudad desde el 2010 como la ciudad intermedia con mayor índice de accidentalidad en el país, en ese entonces medicina legal registró en Cúcuta la

⁴ EL PAÍS. Muertes en accidente de tránsito por consumo de licor preocupan a las autoridades. [En línea]. Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/cal/muertes-en-accidente-de-transito-por-consumo-de-licor-preocupan-a-las-autoridades.html> [Consulta: 28/07/2017]

⁵ LA OPINIÓN. Durante 2015 fallecieron más de 5 mil personas por accidentes de tránsito. [En línea]. Recuperado de: <http://www.laopinion.com.co/colombia/durante-2015-fallecieron-mas-de-5-mil-personas-por-accidentes-de-transito-104699>. [Consulta: 28/07/2017]

mayor tasa de mortalidad en accidentes de tránsito correspondiente a 15.85 muertos por cada 100.000 habitantes. La alcaldía ha intentado superar dicha situación, con la creación de medidas como por ejemplo la prohibición de la circulación de ciertos automóviles alrededor de expendios de bebida.

Sin embargo, los números solo aumentaron para el 2016, ya que la accidentalidad subió un 3% de lo que solía ser en el 2015, en todo el departamento se presentaron 250 muertes y en ese mismo año un grupo elite de la policía impuso 4.954 multas en 11 días, de las cuales 76 se dieron por conducir en estado de embriaguez. Las autoridades tienen un registro de 1.084 casos de accidentes de tránsito solo en San José de Cúcuta y sus municipios aledaños, con un saldo de lesionados de 1.570, que representa también un aumento considerable en dicho aspecto. Todos estos datos demuestran un serio problema tanto en la concientización como en las medidas punitivas, que al ser relativamente permisivas en esta región, incentivan una cultura de infractores que no solo se ponen en peligro a sí mismos sino a las personas a su alrededor.

Por todo lo anterior, se desarrolla este trabajo debido a que la accidentalidad por conducir en estado de embriaguez es elevado y es indispensable conocer cuál es la interpretación de los Jueces de Control de Garantías de los requisitos formales y materiales de los delitos de homicidio culposo en dichos accidentes, para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en el Distrito Judicial de Cúcuta en el periodo 2013 a 2015, todo con el fin de generar un documento que pueda servir a la comunidad en general para su concientización. Con todo lo anterior, la pregunta de investigación es: ¿Cuál es la interpretación de los Jueces de Control de Garantías de los requisitos formales y materiales de los delitos de homicidio culposo en los accidentes de tránsito en estado embriaguez para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en el Distrito Judicial de Cúcuta?

3. MARCO TEÓRICO

3.1. CAPÍTULO I. La medida de aseguramiento de detención preventiva en la doctrina, la legislación y el Derecho Comparado

3.1.1. El concepto de la medida de aseguramiento

La medida de aseguramiento es una manifestación del *ius puniendi* del cual goza el Estado. El *ius puniendi* es una figura jurídica con la cual se describe la capacidad y potestad que tiene el Estado para sancionar a un individuo por la conducta delictiva realizada: “[...] significa el derecho o facultad del Estado para castigar, [el cual] sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena”⁶. Como se observa, el *ius puniendi* es un concepto o principio del Derecho Penal, a través del cual se reconoce la potestad exclusiva del Estado para llevar a cabo la política criminal y que tiene por objeto la prevención y sanción de los individuos que lesionan los bienes jurídicos tutelados por el sistema normativo. Dentro de este marco de facultades conforme al *ius puniendi*, el Estado define los delitos que serán sancionados, así como las penas y las formas de llevar a cabo dichas funciones. Medina describe que se trata de una categoría teórica en los siguientes términos:

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como de forma teórica se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades.⁷

Pero aun así, resulta razonable que no sea absoluta e ilimitada la potestad del Estado para perseguir y castigar a los individuos que han cometido algún tipo de delito. En efecto, los Estados democráticos han definido un conjunto de reglas o

⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. México: Porrúa, 2007.

⁷ MEDINA CUENCA, Arnel. Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad. Revista IUS, 2007, vol. 1, no, 19.

principios que tienen por objeto salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esa medida, dichos principios, reglas o derechos sirven de muro para que el poder del Estado no se vea desbordado de manera injusta convirtiéndose en arbitrariedades que lesionen bienes jurídicos tutelables. Conforme al maestro Henao⁸, hay un conjunto de garantías elementales que limitan y contienen el *ius puniendi* como el debido proceso, el principio de congruencia, el derecho a la defensa técnica y material, la presunción de inocencia, entre muchos otros. Y por su parte, Valle⁹ describe que en las normas jurídico penales, y por tanto, la potestad del Estado para enjuiciar y castigar, se fundamentan en la utilidad que tengan en la reducción de la violencia social y estatal.

Se tiene que el Estado se encuentra auto-limitado por el mismo marco normativo que este ha dispuesto, entre estos, “los derechos constitucionales en virtud de los cuales se le concede el acceso a un debido proceso de ley, la garantía a ser juzgado con celeridad y, aunque no reconocido con uno constitucional, el derecho a la prescripción del delito”¹⁰. Pero a su vez, el Estado para garantizar la justicia y la efectividad de la política criminal, requiere de un conjunto de instrumentos, mecanismos o dispositivos que le permita asegurar su objetivo de salvaguardar el orden constitucional y legal, así como la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Para su comprensión, basta con una revisión del Código Penal Colombiano -Ley 599 del 24 de julio de 2000-¹¹ en algunos de sus artículo como el 3º el cual menciona que la imposición de la pena o la medida de seguridad responde a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, el artículo 4º que describe las funciones de de la pena: “prevención general y especial,

⁸ HENAO CARDONA, Luis. ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección? Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2004, v. 6, no. 2, pp. 501-533.

⁹ VALLE MUÑOZ, José Manuel. El elemento subjetivo de la justificación y la graduación del injusto penal. Barcelona: PPU, 1994.

¹⁰ RESUMIL, Olga Elena. Derecho Procesal Penal: limitaciones constitucionales al ejercicio del *Ius Puniendi*. Revista Jurídica - UPR, 2002, V. 71, NO. 2.

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000.

retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”, y el artículo 5º que establece como funciones de la medida de seguridad de protección, curación, tutela y rehabilitación.

Como se observa, el *ius puniendi* del cual goza el Estado se encuentra limitado, pero a su vez, exige de dispositivos -mecanismos, instrumentos o instituciones jurídicas- que permita alcanzar las funciones establecidas desde la órbita jurídico penal. Dentro de estas se encuentran las denominadas medidas de aseguramiento, las cuales son establecidas para “salvaguardar el *imperium iudicis*”, es decir, y como lo explica Plascencia Villanueva, “para que la justicia penal pueda operar es preciso que existan las condiciones que permitan hacer efectiva la consecuencia jurídica atribuible al autor del delito, y para ello se requiere una providencia que haga factible dejar subsistente la materia de dicha consecuencia”¹². En otras palabras, una de las condiciones que facilita la operación de la justicia penal es precisamente la medida de aseguramiento. El autor citado pone de manifiesto que la medida de aseguramiento, así como las medidas cautelares -según recaiga sobre las personas o las cosas- tiene como propósito esencial esclarecer la verdad dentro del proceso y “garantizar la eficacia del *ius puniendi*”. Así mismo, señala dos clases de funciones que se mueven en líneas diferentes. Una de ellas se inscribe en la etapa previa del proceso propiamente dicho, es decir, la fase investigativa en la que se intenta averiguar el delito y determinar la probabilidad de comisión del delito por parte del individuo, y la otra busca garantizar que la pena sea ejecutada.

Por su parte, Angulo¹³ interpreta la medida de aseguramiento como un acto cautelar que es impuesta por un juez o tribunal a fin de que sea limitada la libertad personal de un individuo o el derecho de disposición frente a su patrimonio, y tiene como propósito esencial asegurar las pruebas o las responsabilidades respecto del hecho

¹² PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Medidas de aseguramiento y reforma penal: una perspectiva desde los Derechos Humanos. Revista Derecho PUCP, 2010, no. 65, pp. 257-274.

¹³ ANGULO, Guillermo. Captura Aseguramiento y Libertad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993.

punitivo, es decir, el fin último del mismo proceso penal y la política criminal del Estado. La importancia y relevancia que conlleva a una amplia discusión de la medida de aseguramiento en el ámbito jurídico y académico se sustenta en los tipos de derechos y garantías que pueden vulnerar, en especial, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad cuando se aplica la medida de aseguramiento de reclusión en establecimiento carcelario -también denominada en el campo internacional e histórico como “prisión preventiva, encarcelamiento preventivo, detención preventiva, detención provisional, arresto provisional, prisión provisional, reclusión preventiva o custodia preventiva”-¹⁴.

En la tabla 1 se muestra una clasificación de las medidas de aseguramiento conforme al ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia.

Tabla 1.

Clasificación de las medidas de aseguramiento en el marco jurídico colombiano

Medidas de aseguramiento				
Privativas de la libertad			Privativas de otros derechos y libertades	
Detención preventiva en establecimiento de reclusión			Obligaciones	Prohibiciones
			Mecanismo de vigilancia electrónica	Salir del país, lugar de residencia o determinado ámbito territorial
			Vigilancia de persona o institución	
			Presentarse periódicamente cuando sea requerido por juez o autoridad competente	Concurrir a determinadas reuniones o lugares
				Comunicarse con determinadas personas

¹⁴ TISNÉS PALACIO, Juan Sebastián. Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia (un estado constitucional de Derecho). Revista Ratio Iuris, 2011, v. 6, no 13, pp. 59-72.

Observación de buena conducta individual, familiar y social	Salir del lugar de habitación en horario determinado
Prestar caución real adecuada por sí o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca entrega de bienes o fianza	

Fuente: Autor a partir de la Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013 (Corte Constitucional).

Lo descrito hasta ahora pone de manifiesto varios aspectos que deben ser resaltados en torno al tema objeto de análisis. Primero, la medida de aseguramiento es un tema de especial debate y discusión, dada la protección que tienen los derechos que entran en colisión con esta y que se encuentran respaldados dentro de los instrumentos internacionales y las constituciones políticas. Segundo, dada la importancia de la medida de aseguramiento, sólo puede ser ordenada por tribunales competentes previa revisión profunda y juiciosa del caso, las pruebas señaladas y las condiciones que rodean el escenario criminal. Tercero, la legislación debe ser clara, precisa y concisa en cuanto a los requisitos y motivos que pueden llevar a la autoridad competente a adoptar e imponer la medida de aseguramiento, más aún cuando es privativa de la libertad y como bien lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Es claro entonces que la teoría jurídica exige que, además de estar insertos en una ley, los motivos por los cuales puede privarse de la libertad a una persona deben estar señalados de manera expresa en ella, deben ser claros, precisos y unívocos; deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse

de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados.¹⁵

Resulta oportuno señalar algunas apreciaciones de la Corte Constitucional en torno a la medida de aseguramiento a fin de comprender la naturaleza de la medida de aseguramiento. En la sentencia C-469 de 2016¹⁶, la Corte Constitucional expresa que la libertad personal es uno de los derechos fundamentales y básicos del Estado constitucional de Derecho, y un legado de la tradición liberal que se manifiesta al menos en dos dimensiones: 1. La posibilidad de la persona para ejercer todas aquellas acciones que permita el desarrollo de sus aptitudes y demás elecciones individuales siempre y cuando las mismas no interfieran con la órbita jurídica de derechos de los demás, y 2. La prohibición de todo acto que implique coerción física o moral tanto pública como privada limitando la autonomía de la persona, su opresión o reducción indebida. Pero frente al derecho fundamental de la libertad, afirma la Corte que no se trata de una garantía absoluta pues se encuentra sujeta a “privaciones y restricciones temporales”. Estas se materializan en el marco del proceso penal bajo la denominación de medida cautelar, es decir, o bien como consecuencia de una condena o bien como un trámite cuando se adopta una medida cautelar de tipo transitorio y con fin preventivo. La medida de aseguramiento encaja en el segundo tipo de limitaciones legítimas que puede imponer el Estado a la libertad personal de un individuo:

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1198 del 4 de diciembre de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123 del 17 de febrero de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 del 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.¹⁷

Debido a la relación de afectación que hay entre la medida de aseguramiento y el derecho a la libertad personal, se entiende en el marco constitucional y jurisprudencial que la medida de aseguramiento es estrictamente excepcional, y por tanto, se encuentra condicionada por límites como la dignidad humana. En efecto, la libertad personal como derecho fundamental es la regla general, y las restricciones a este derecho deben tener un carácter excepcional y especial, por lo que resulta adecuado que se cumplan requisitos y condiciones para su imposición. La Corte Constitucional en la sentencia ya citada, sintetiza los siguientes aspectos en torno a la medida de aseguramiento:

- a. La libertad personal no es un derecho absoluto, y en consecuencia puede tener restricciones.
- b. La medida de aseguramiento y las medidas cautelares tienen lugar en el escenario del proceso penal como forma de sanciones.
- c. La medida de aseguramiento tiene como objetivos garantizar la presencia del imputado, el cumplimiento de las decisiones judiciales y la tranquilidad social.
- d. La medida de aseguramiento implica la privación temporal del derecho de una persona a su libertad personal, y de allí se desprende su importancia y relevancia.
- e. Las medidas de aseguramiento están sometidas a límites que son garantías para el mismo procesado y que se sustentan en la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización.

¹⁷ *Op. Cit.* COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 del 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

3.1.2. La medida de aseguramiento de detención preventiva

La medida de aseguramiento de detención preventiva, al igual que todas las medidas de aseguramiento, tienen un carácter excepcional por su particular afectación al derecho de la libertad personal y a la garantía de presunción de inocencia, la cual resulta un principio de importante relevancia al momento de planificar la política criminal de un Estado. Aún más, hay autores que afirman y defienden la inviabilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva por el peso que ostenta la presunción de inocencia dentro de los instrumentos internacionales. Por ejemplo, Tisnés¹⁸ describe que la medida de aseguramiento de detención privativa de la libertad es plausible y busca “proteger bienes jurídicamente relevantes, está orientada a garantizar fines del Estado y en últimas de la sociedad”, pero añade que esta institución jurídica se enfrenta a un principio de mayor peso: la presunción de inocencia, y frente a ello concluye lo siguiente:

Para que la prisión preventiva tenga asidero y alcance cumplir esas metas que la Constitución y la ley le exigen, basta con que se anule la presunción de inocencia, y dicha anulación es en sede de una reforma constitucional o en una audiencia de control de garantías.

Los aportes de Tisnés respecto de la detención preventiva ponen de manifiesto que la libertad del ser humano y su eventual privación/limitación por orden de las autoridades competentes, configura un complejo problema de carácter jurídico y filosófico como bien lo anota Londoño¹⁹. Para este autor, se trata de un campo de estudio bastante amplio dentro del Derecho Público, pues si bien el Estado se encuentra frente al complejo reto de proteger la sociedad mediante la política criminal y el Derecho Penal, también es cierto que debe proteger y garantizar los

¹⁸ *Op. Cit.*, TISNÉS PALACIO, Juan Sebastián. Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia (un estado constitucional de Derecho), 2011.

¹⁹ LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. La detención preventiva. Revista Nuevo Foro Penal, 1980, v. 1, no. 6, pp. 25-40.

derechos que le asisten al presunto delincuente. Lo mismo sostiene Cassel²⁰ al señalar que en el marco de la detención preventiva hay dos intereses en juego y que resultan opuestos: 1. El deber improrrogable del Estado de responder a la demanda de la sociedad para que se brinde seguridad y prevenga la delincuencia, y 2. Las libertades fundamentales que son atribuidas a cada persona acusada de un delito, y que buscan, por un lado, minimizar el riesgo de que la misma persona sea castigada de manera injusta, y por otro, garantizar un trato digno y humano mínimo. Por su parte, Barrera sostiene que la medida de aseguramiento privativa de la libertad es “una formalidad penal que se aplica a aquellas personas que desconocen e incumplen el ordenamiento jurídico y que los lleva a incurrir en un delito o delitos sobre lo cual el Estado apoyado en prueba, y respetando el debido proceso, los priva de su libertad de manera temporal, dependiendo de la gravedad de la falta”²¹.

La importancia del tema se evidencia, en el catálogo de instrumentos internacionales que hacen parte integral de la Constitución Política como lo es la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. En el primer instrumento se estableció que nadie puede ser arbitrariamente detenido y que en el escenario de una acusación por presunto delito cometido, el individuo tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se pruebe más allá de toda duda que es culpable del mismo, así como todas las garantías que integran el debido proceso, y en el segundo se indicó que nadie puede ser detenido de modo arbitrario, sino sólo por causas previstas en el ordenamiento jurídico y conforme a un procedimiento legal. Así mismo, que la persona detenida debe ser tratada de forma digna y humana, y que en caso de detención arbitraria tiene derecho a obtener reparación por parte del

²⁰ CASSEL, Douglass. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la detención preventiva. Ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, 29 de agosto, 1995.

²¹ BARRERA S., José Noé. La medida de aseguramiento. Revista Derecho y Realidad, 2009, no. 13, pp. 175-190.

Estado. Por último, que la prisión preventiva no puede ser regla general, sino excepcional.

Siendo la detención preventiva una medida de aseguramiento de carácter excepcional, se debe considerar que en la realidad, la misma sólo puede ser aplicada una vez se cuente con los requisitos legalmente establecidos y las razones necesarias. En este punto resulta oportuno traer a la discusión uno de los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional y el cual destaca algunas recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el caso colombiano. De acuerdo a la sentencia T-276 de 2016²²²³ la detención preventiva en el país ha desbordado su carácter excepcional para convertirse en una regla general dentro de las denominadas medidas de aseguramiento. En esa medida, señaló el Tribunal Constitucional que la privación de la libertad es ante todo excepcional y debe obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, además de considerar los derechos y las garantías que le asisten a las personas privadas de la libertad: derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a presentar peticiones, derecho a la dignidad humana, derecho a la visita íntima en condiciones dignas, derecho a la resocialización, derecho al debido proceso, derecho a la palabra, derecho al descanso, derecho a la salud, derecho a la unidad familiar, derecho a la defensa, entre otros tantos.

Sin embargo, en otra de las sentencias de la Corte Constitucional²⁴, la Corporación se refiere a la naturaleza de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En este pronunciamiento señala que no se requiere juicio previo y su aplicación puede darse siempre que se cumplan con los requisitos exigidos en el artículo 28

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-276 del 25 de mayo de 2016. M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

²³ Esta sentencia de tutela se enmarca en la situación de hacinamiento de personas privadas de la libertad en una Estación de Policía en la ciudad de Bucaramanga y de las que ninguna tiene la calidad de detenido contravencionalmente.

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

de la Constitución Política y medie orden escrita del juez competente. Además, expresa que:

Pretender que toda detención o medida de aseguramiento deba estar forzosamente precedida de un proceso íntegro llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría en no pocas ocasiones completamente inoficiosa la función judicial, pues la decisión correspondiente podría tropezar -casi con certeza- con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse.

Al igual que Tisnés, Giorgio²⁵ propone que toda acción judicial debe iniciar bajo la concepción del *derecho a la libertad* de la persona como regla general planteada en diversos instrumentos internacionales, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. El artículo 7.5 se consagra:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

El artículo en cuestión pone de manifiesto que la libertad de la persona puede verse limitada por garantías que permitan asegurar su comparecencia en el juicio, es decir, la libertad individual puede ser restringida sin que exista sentencia definitiva. Y por otro lado, el artículo 8.2 de la Convención describe: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Con base en ese artículo, es decir, en virtud del principio de presunción de inocencia, el autor A. Giorgio sostiene que en un proceso judicial, el indiciado debe permanecer en libertad.

²⁵ GIORGIO, A. M. Medidas alternativas a la pena de prisión: la probation. Buenos Aires: Dunken, 2012.

3.1.3. La medida de aseguramiento de detención preventiva en la legislación colombiana

Como ya se ha señalado con anterioridad, la medida de aseguramiento de detención preventiva debe ser analizada a la luz de aquellos derechos fundamentales de posible afectación. En el escenario jurídico colombiano, la discusión no se aleja de esta problemática señalada, pues la dificultad que presentaba el sistema penal nacional entorno a la legalidad de esta medida cautelar, giraba alrededor de determinar si la detención preventiva vulneraba o no el derecho a la presunción de inocencia del implicado en una investigación y demás derechos incluidos dentro de la Carta Política. En efecto, la viabilidad de excluir la aplicación de la presunción de inocencia sólo está dada por la culpabilidad comprobada del procesado a través de un juicio justo, por autoridad competente y conforme a las garantías y requisitos establecidos en la Constitución y la Ley. Mientras esto no ocurra la presunción es vinculante, y por lo tanto no puede ser detenido ni siquiera preventivamente, ya que de hacerlo se estaría vulnerando la libertad personal y la presunción de inocencia.

Para el abordaje de la medida de aseguramiento de detención preventiva dentro del contexto colombiano, se requiere una exploración del Código Penal²⁶ y de los Códigos de Procedimiento Penal -Ley 600 del 2000²⁷ y Ley 906 de 2004²⁸-. En el artículo 3º del Código Penal se establecen los principios o criterios que rigen las sanciones penales, es decir, la pena o la medida de aseguramiento. Para ambos casos, operan los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000.

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000.

²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial No. 45.658, del 1º de septiembre de 2004.

La necesidad se encuentra relacionada con la posibilidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de los elementos materiales y la evidencia física, y la protección de las víctimas y la comunidad. Por estas razones, y conforme al artículo 250 de la Constitución Política en torno a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, el ente investigador puede solicitar al juez de control de garantías que adopte las medidas necesarias para estos fines, entre estas, las privativas de la libertad personal o de otros derechos o libertades²⁹. Por su parte, la proporcionalidad configura un criterio a través del cual se establece si la medida que se busca imponer es adecuada para el propósito trazado, sin que se llegue a la lesión de valores, principios o derechos de mayor peso, entidad o dimensión constitucional para el caso en concreto. Por último, la razonabilidad se integra y materializa en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004-, e infiere que la medida de aseguramiento es aplicable cuando los elementos materiales probatorios y la evidencia física infieren que el imputado es autor o participe de la conducta delictiva. Para Páez³⁰, el criterio de razonabilidad se puede determinar en tres situaciones: mínimo de evidencia, criterio de política criminal y gravedad de la pena.

Ahora bien, frente a los Códigos de Procedimiento Penal de los años 2000 y 2004, la medida de aseguramiento de detención preventiva se analiza confrontando la misma con la presunción de inocencia, pues esta relación es la que limita el problema jurídico y filosófico del fenómeno. La Ley 600 del 2000 en su artículo 7º menciona que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal. Más aún, la norma legal señala que todas las actuaciones penales donde exista duda deben resolverse a favor del mismo procesado, y por

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁰ PAÉZ RAMÍREZ, Daniel Felipe. La aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad por medio del principio de integración en la medida de aseguramiento por parte del Juez de Instrucción Penal Militar en Colombia. Tesis de grado. Universidad Militar Nueva Granada, 2015.

ello, únicamente, las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales. Por su parte, la Ley 906 de 2004 en el artículo 7º describe que “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”. Hasta este punto, la norma adjetiva expresa que la presunción de inocencia se extiende hasta la declaratoria de responsabilidad punitiva, es decir, no puede vulnerarse hasta que no se efectúe un proceso ajustado a las normas constitucionales y legales. El artículo en mención va más allá al describir que: 1. Le corresponde la carga de la prueba al ente investigador-acusador, 2. La duda se resuelve a favor del procesado, 3. La prohibición de invertir la carga de la prueba, y 4. Necesidad del convencimiento más allá de toda duda para que se declare la responsabilidad penal.

Ahora bien, la Constitución Política de 1991 tiene varios apartados de los cuales se infiere la libertad personal y la presunción de inocencia como fundamentos de las normas jurídico-penales. Por ejemplo, el artículo 28 que dispone “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Además, expresa que “la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”. La norma constitucional es clara en reconocer la libertad personal y la presunción de inocencia como derechos fundamentales de todas las personas, y en ese sentido, la medida de aseguramiento goza de reserva judicial pues conforme al numeral 1º del artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía tiene la función de solicitar al juez las medidas para que el culpable acuda ante la justicia, se conserve la prueba o se proteja a la comunidad o a las víctimas.

De esta forma, la Constitución Política, y en consecuencia, el Código de Procedimiento Penal, “no solo consolidan los criterios para emitir una orden de captura, sino que dan estructura a imperativos generales para cualquier forma legítima de privación de la libertad provisional de una persona, exceptuando solo algunas hipótesis en las que el ordenamiento omite el análisis indicado en casos diferentes al desarrollo del proceso pena”³¹. En otros términos, el marco normativo consolida de manera articulada un conjunto de presupuestos para que la privación de la libertad de un individuo resulte legal y legítima, y dicha validez solo puede ser sustentada en el análisis de necesidad para el caso en concreto para el aseguramiento de las pruebas y la comparecencia del procesado, evitar la obstrucción de la justicia y proteger a la comunidad y las víctimas.

Toda indagación penal que se adelante en contra de una persona debe estar regida primariamente por los postulados del derecho a la equidad, esto bajo el entendido que todos los tramites deben llevarse a cabo con la plena observancia de las garantías procesales, donde se le permita a la persona ejercer debidamente sus derechos durante el trámite de la investigación hasta que se demuestre su culpabilidad. Así mismo, el trámite debe estar adelantado con observancia de los postulados constitucionales.

Considerando el amplio espectro que abarca la presunción de inocencia dentro del sistema jurídico penal, resulta lógico que la medida de aseguramiento se interprete dentro del Código de Procedimiento Penal como una disposición provisoria o un acto excepcional. En efecto, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 del 2011³², señala que el Fiscal puede solicitar al juez de control de garantías que se adopte alguna medida de aseguramiento, señalando dentro de la petición: la persona, el delito y los elementos que sustentan la medida

³¹ CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Revista Derecho Penal y Criminología, 2012, v. 33, no. 95, pp. 69-100.

³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 del 24 de junio de 2011. Diario Oficial No. 48.110, del 24 de junio de 2011.

y la urgencia. Estos deben ser evaluados por el juez considerando los criterios ya señalados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, en el marco de audiencia pública y permitiendo la defensa material y técnica del procesado. Por su parte, el artículo 307 ofrece un listado de las medidas de aseguramiento que se pueden imponer clasificándolas en privativas de la libertad y no privativas de la libertad (ver tabla 1).

Ahora bien, el juez tiene la potestad de aplicar una o varias de las medidas de aseguramiento, bien de forma conjunta o bien de forma indistinta conforme al caso que se valora y adoptando las precauciones necesarias para que se garantice el cumplimiento de las mismas. Lo cierto es que en este escenario, el juez debe reconocer la especial importancia de la presunción de inocencia y para ello debe analizar el cumplimiento de los requisitos, y que los elementos fácticos y probatorios conlleven a la formación de la necesidad de la misma, pues de lo contrario se estaría comprometiendo la responsabilidad patrimonial del Estado. Frente a ello, el Consejo de Estado menciona:

No siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la administración de justicia en el evento de privación de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta, por lo que habrá que indagar si producido el daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado o imputado, de tal manera que obre una valoración del in dubio pro reo.³³

De acuerdo a lo anterior, la medida de aseguramiento de detención preventiva puede llevar a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado cuando como producto de la misma, se ha ocasionado un daño al individuo. En otros términos, la lesión del derecho a la libertad personal y a la garantía de presunción

³³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 26679 del 13 de abril de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de inocencia cobija una vulneración a los Derechos Humanos, y cuando esta se produce como un desbordamiento del poder del Estado de manera injustificada, esto es, sin mediar elementos facticos ni probatorios de sustento, se produce un daño posible de resarcimiento.

En vigencia de la Ley 600 del 2000, la Corte Constitucional indicaba en su sentencia C-774 de 2001³⁴ que la medida de aseguramiento encaja dentro de las medidas cautelares, es decir, aquellas que se disponen por mandato judicial sobre bienes o personas, a fin de:

[...] asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial.

En voces de la Corte Constitucional, la medida de aseguramiento se encuentra subordinada a unas reglas de sujeción previa a su decreto para que cuenten con la legalidad suficiente, presentadas en el ordenamiento jurídico como requisitos formales y sustanciales, y en coherencia con el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política:

Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad o de dos indicios graves de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.³⁵

Con lo anterior, se puede observar que la medida de aseguramiento no es un acto judicial de poca importancia, por el contrario, configura un dispositivo de gran alcance toda vez que puede privar a un individuo de su libertad personal y minimizar

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁵ *Op. Cit.* COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001.

el alcance de la presunción de inocencia, garantía que integra el debido proceso y el conjunto de derechos de las personas procesadas, sin que medie decisión judicial definitiva. De allí que la aplicación de la misma a la luz de la Ley 600 de 2000, deba ser el resultado del cumplimiento de un conjunto de requisitos y el análisis profundo del caso bajo los criterios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad. Y es que no sólo basta reunir los requisitos formales y sustanciales, pues se requiere además que quien tenga la competencia y facultad de decretarla, “sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”³⁶. En otras palabras, los mandatos constitucionales deben servir de base a los jueces para que determinen la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento.

Si la detención se ordena sin considerar el marco axiológico y normativo que inspiran la Constitución, y en particular, las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma, en su apreciación en el caso concreto, el presunto infractor de la ley penal, su defensor o el Ministerio Público pueden solicitar el control de legalidad de la medida adoptada, o hacer uso de los mecanismos constitucionalmente previstos para la defensa de los derechos fundamentales, toda vez que de ello, resultaría una violación de los derechos constitucionales a la libertad personal y a la presunción de inocencia, y se presentaría, además, una violación del debido proceso, si se establece que la ley se ha aplicado en un sentido excluido como inconstitucional por la Corte.

Ya con la Ley 906 de 2004, se generan cambios o transformaciones sobre las denominadas medidas de aseguramiento. En esta oportunidad, el Legislador buscó transformar la visión que se tenía sobre este tipo de medidas, pues la medida de aseguramiento privativa de la libertad constituía la regla general, en contravía con los postulados internacionales y constitucionales. En su lugar, amplió el conjunto de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad para que el Estado lograra

³⁶ *Op. Cit.* COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001.

los propósitos de la política criminal y el proceso penal. Por su parte, Barrera³⁷ expresa otra reforma introducida con la Ley 906 de 2004: la reserva judicial para imponer la medida de aseguramiento. En efecto, antes del Código en mención, “era el fiscal quien realizaba dicha actividad y en el nuevo sistema penal acusatorio existen los jueces de garantías que apoyan esta gestión mediante el desarrollo de audiencias públicas”. De buena suerte, se ha logrado transformar dicha perspectiva pues la privación de la libertad personal de un individuo en un sistema democrático enmarcado en el respecto de los Derechos Humanos, sólo puede ser el producto de la actividad de un juez o tribunal competente, y de lo contrario, se presentaría una extralimitación del *ius puniendi* del cual goza el Estado.

En el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, se observa la diferencia entre la medida de aseguramiento privativa de la libertad -la cual no podrá exceder de un año- y la no privativa. Además, la detención preventiva puede ser en centro de reclusión o en el domicilio del imputado, siempre y cuando ésta última no interfiera en el juzgamiento. Cuando el término se venza el Juez de Control de Garantías, tendrá la opción de sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad, por otra medida. El cambio de paradigma se puede observar en la Ley 1760 del 6 de julio de 2015³⁸ por medio de la cual “se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad”. En el artículo 1º de la mencionada Ley, se establece que el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no pueden exceder de un (1) año, aunque se establece excepciones: 1. Cuando se surta ante la justicia penal especializada, 2. Sean tres o más los acusados contra quienes se ordenara medida de aseguramiento de detención preventiva, y 3. Se trate de investigación por actos de corrupción conforme a la Ley 1474 de 2011. En estos tres casos, el término puede ser prorrogado por un tiempo igual a solicitud, o bien del Fiscal o bien del apoderado

³⁷ Op. Cit. BARRERA S., José Noé. La medida de aseguramiento, 2009.

³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1760 del 6 de julio de 2015. Diario Oficial No. 49.565, del 6 de julio de 2015.

de la víctima. Así mismo, la norma describe que una vez cumplidos los términos por petición de los sujetos procesales señalados, el Juez de Control de Garantías puede sustituir la medida de aseguramiento por otro tipo de medidas. Además, el parágrafo 2º del artículo 1º, menciona que “las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento”.

Como se observa, la Ley 1760 de 2015 busca que las medidas de aseguramiento correspondan a un acto excepcional, siendo privilegiadas aquellas que no son privativas de la libertad, y sólo en caso de ser necesaria y urgente, se aplica la medida de aseguramiento que restringe la libertad personal. Sin embargo, debe probarse que las medidas de aseguramiento de primer orden no son suficientes para cumplirse los propósitos establecidos en la Ley, es decir, se requiere un convencimiento pleno por parte del Juez de Control de Garantías sobre la viabilidad, necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Así mismo, el artículo 2º de la Ley 1760 de 2015 expresa que “la calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia”. En otros términos, la conducta punible que se investiga no es causal exclusiva para determinar que puede presentarse una obstrucción a la justicia, un peligro para la sociedad/víctima o una posible evasión del imputado al proceso. Y en ese sentido, se requiere una valoración suficiente y profunda del caso para imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Y por su parte, el artículo 3º que reforma el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, señala que el peligro a la comunidad debe ser valorado teniendo en cuenta la

gravedad del delito, la modalidad de la conducta punible y la pena posiblemente impuesta, además de otras circunstancias taxativas:

- i. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
- ii. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
- iii. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
- iv. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- v. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
- vi. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
- vii. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

En síntesis, cuando a una persona no se le ha demostrado su responsabilidad, se debe precisar las causales exactas de su privación de la libertad, aunque podrán presentarse alternativas para evitar dicha privación y estipular el término máximo de duración en caso de la puesta en marcha de la detención. Pese a lo anterior, el Código de Procedimiento Penal Colombiano, no contemplaba el límite de la detención preventiva, lo cual infringía el derecho al debido proceso. Se observaba, además un exceso, un uso inadecuado por parte de los jueces en cuanto a la detención preventiva, lo que ha conllevado a un incremento acelerado de las personas procesadas. De suerte que la Ley 1760 de 2015 ha venido a precisar aspectos de suma importancia de la medida de aseguramiento.

La detención preventiva, como medida de aseguramiento excepcional, es aplicable una vez se cumplan los requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004: 1. Que las pruebas permitan inferir que el individuo es autor o participe de la conducta punible, y 2. Que se presente algunos de estos requisitos: obstruya la justicia, represente un peligro para la comunidad o la víctima, o no comparezca al proceso o no cumpla la sentencia. Y la detención preventiva en establecimiento de reclusión es aplicable para los siguientes casos conforme al artículo 313 de la Ley 906 de 2004:

- a. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
- b. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda los 4 años.
- c. En los delitos a los que se refiere el título VIII del libro II del código penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150), salarios mínimos mensuales vigentes.
- d. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

Contrario a la condena, la detención preventiva no es una sanción por ende sus limitaciones temporales son: 1. Tiempo límite para el cese de detención preventiva: 1 año; 2. Entre la presentación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia de juicio oral: 120 días; 3. Entre el inicio de la audiencia de juicio oral y la lectura del fallo: 150 días. Para los delitos por competencia de la justicia penal especializada los términos se duplicaran. Por ejemplo: 1. 240 días entre la presentación del escrito de acusación y el inicio de la audiencia de juicio oral, para los delitos de hurto, estafa, inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar, falsedad en documento privado; 2. 300 días entre el inicio de la audiencia de juicio oral y la lectura del fallo, para los delitos de homicidio agravado, lesiones personales agravada, delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, secuestro extorsivo o agravado, desaparición forzada³⁹.

³⁹ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Racionalización de la detención preventiva. Bogotá: Ministerio de Justicia de Colombia, 2013.

3.1.4. La medida de aseguramiento en el Derecho Comparado

En la tabla 2 se hace una síntesis de la medida de aseguramiento de detención preventiva en diferentes países. Luego de ello, se explica cada uno de los casos.

Tabla 2.

Comparativo: características de la medida de aseguramiento de detención preventiva en diferentes países

País Descriptor	Colombia	Chile	México	Ecuador	Puerto Rico	Perú
Naturaleza	Medida cautelar, provisional, excepcional, temporal, reserva judicial.	Medida cautelar, provisional, excepcional, temporal, reserva judicial.	Medida cautelar, provisional, temporal, temporal, reserva judicial.	Medida cautelar, provisional, temporal, reserva judicial.	Medida cautelar, provisional, temporal, reserva judicial.	Medida cautelar, provisional, temporal, reserva judicial con excepción.
Clases	Privativas de la libertad No privativas de la libertad	Prisión preventiva Arresto domiciliario Presentarse ante el Juez Prohibición de establecer comunicación Prohibición de visitar algún lugar o sitio	Privativa de la libertad Otras medidas cautelares restrictivas	Privativas de la libertad No privativas de la libertad: no concurrir determinados sitios, no acercarse a determinadas personas, sujeción a vigilancia, prohibición de salir del país, suspensión del trabajo, ordenar la salida del domicilio, detención domiciliaria, entre otras.	Privativa de la libertad Privativas de otros derechos	Privativas de la libertad No privativas de la libertad
Impone	Juez de Control de Garantías.	Juez de Garantías	Juez a petición de parte o de oficio	Juez de Garantías Penales	Juez	Juez -prisión preventiva-. Excepción: Pueden las autoridades policiales por término no superior a 15 días -detención-.
Solicita	Fiscalía. Ente acusador / apoderado de la víctima.	Ministerio Público / Querellante	Ministerio Público	Fiscalía. Ente acusador	Ministerio Público	Ministerio Público
Etapas	Investigativa	Formalizada la investigación	Comienzo del proceso	Preliminar	Indagatoria	Indagatoria
Mediante	Audiencia pública	Audiencia pública	-----	Audiencia oral y pública	-----	Audiencia pública
Tiempo máximo	Un año, prorrogable por otro tanto en determinados eventos.	Seis meses, prorrogable previo análisis.	Durante el proceso y una vez se vincule formalmente la persona al proceso	Seis meses Máximo un año	Seis meses	Seis meses

Causales	Evitar obstrucción de la justicia. Peligro para la comunidad o la víctima. Evitar que no comparezca el procesado o que no cumpla la sentencia.	Éxito de las diligencias previstas en la investigación. Peligro para la sociedad o el ofendido. Riesgo de fuga.	Peligro de fuga. Peligro para la víctima, comunidad o testigos. Necesidad de investigar al acusado.	Asegurar la comparecencia o cumplimiento de la pena del procesado.	----	Asegurar la comparecencia o cumplimiento de la pena del procesado
Requisitos	Formales: Providencia judicial indicando hechos, calificación jurídica y elementos probatorios. Sustanciales: Alta probabilidad de que el procesado sea autor o participe de la conducta punible conforme a las pruebas.	Antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga. Antecedentes que el procesado haya participado como autor, cómplice o encubridor. Antecedentes que permitan considerar que la medida es indispensable.	-----	Indicios suficientes sobre la existencia del delito. Indicios claros de que el procesado es autor o participe. Delito castigado con pena privativa superior a un año. Indicios suficientes para asegurar la comparecencia al juicio. Indicios de que las otras medidas de aseguramiento son insuficientes.	----	Convicción de que el procesado es autor o participe. La sanción a imponer sea superior a 4 años. Probabilidad de que el imputado evada la justicia u obstaculice la acción de la justicia.
¿Opera el Derecho a la defensa?	Si	Si	No	Sí	-----	Si

Fuente: Autor

En Colombia. Aunque ya se ha abordado la medida de aseguramiento y la medida de aseguramiento privativa de la libertad para el contexto colombiano, a continuación se realiza una síntesis de las principales reglas que operan en el sistema jurídico local a fin de comparar sus principales características con los de otros países.

Se trata de una medida cautelar determinada por el Juez de Control de Garantías y solicitada por el fiscal o su delegado o apoderado de la víctima con el fin de tener un control de la conducta del acusado mientras se lleva a cabo el proceso judicial y una vez se cuente con los elementos materiales probatorios y se tenga evidencia física recogida y asegurada o se cuente con información obtenida legalmente que señale al acusado como autor o participe de la conducta delictiva que se está investigando. Se podrá solicitar medida de aseguramiento, siempre y cuando se cumpla con alguno de estos requisitos:

- a. Que la medida de aseguramiento se demuestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya con el debido ejercicio de la justicia.
- b. Que el imputado constituya un peligro para la sociedad o para la víctima.
- c. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá sentencia.

Para hacer la solicitud el fiscal debe indicar la persona, el delito y los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales serán evaluados en audiencia, permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Cabe resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2005⁴⁰, especifica que los elementos de conocimiento necesarios para establecer la medida de aseguramiento, descritos en el artículo 306 del código de procedimiento penal, no buscan establecer la responsabilidad del imputado como si lo hacen las pruebas,

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2015. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

sino justificar la procedencia de la medida de aseguramiento. Así mismo, la Corte Constitucional en su sentencia C-209 del 2007⁴¹, faculta a la víctima para hacer directamente la solicitud de la medida cautelar ante el juez de control de garantías sin necesidad de intervención del fiscal.

Los tipos de medidas de aseguramiento de las cuales el juez de control de garantías dispone conforme al artículo 307 de la Ley 906 de 2004 son:

1. Privativas de la libertad
 - Detención preventiva en un establecimiento de reclusión.
 - Detención preventiva en una residencia especificada por el acusado siempre y cuando no haga parte de la investigación.
2. No privativas de la libertad.
 - Sometimiento a vigilancia por medio de un dispositivo electrónico.
 - Sometimiento a vigilancia por una persona o institución determinada.
 - El compromiso de presentarse periódicamente o cuando sea requerido, ante el juez o ante la autoridad que el designe.
 - La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
 - Restricciones de movilidad designadas por el juez, ya sean, locales, regionales, o nacionales.
 - Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
 - Prohibición de ponerse en contacto con determinadas personas o con las víctimas, siempre y cuando no se afecte el derecho a la defensa.
 - Disposición de valores del imputado o un representante, mediante depósito de dinero, entrega de valores, bienes, constitución de prenda o hipoteca, así como fianza de una o más personas idóneas.
 - Restricción de horario de salida entre las 6 pm y las 6 am.

Ahora bien, otras reglas aplicables para la medida de aseguramiento son: 1. Procedente las privativas de la libertad personal cuando las no privativas resultan insuficientes o ineficaces, 2. No puede exceder de un año, excepto cuando se adelante ante la Justicia penal Especializada, fuesen 3 o más los acusados, o se trate de actos de corrupción conforme a la Ley 1474 de 2011, casos en los que se puede solicitar prórroga por término igual al inicial, 3. Vencidos los términos, se

⁴¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

puede sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad, por otro tipo de medida de aseguramiento⁴².

En Chile. Mediante la Ley No. 19696 de 2000⁴³, el Ministerio de Justicia de Chile expidió el Código Procesal Penal, el cual se caracteriza por implementar un sistema público y oral al igual que en Colombia. Esta norma establece que una vez formalizada la investigación, los Jueces de Garantías podrán decretar la *prisión preventiva* del imputado a petición del Ministerio Público⁴⁴ quien debe justificar la necesidad de cautela para su ponderación judicial cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- a. Que existan antecedentes que justifican la existencia del delito que se investiga.
- b. Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor⁴⁵.

Casi ningún instrumento procesal puede afectar el derecho fundamental a la libertad personal y la presunción de inocencia a quien se le imputa los cargos. Desde su establecimiento por la Ley N° 1.853 del 19 de enero de 1906 hasta su última actualización por la Ley N° 20.253 del 14 de marzo de 2008, la medida cautelar ha mostrado por vía legal más de 30 transformaciones a lo largo de su historia. Se tiene, por tanto, que se ha tratado de adjudicar argumentos de diversa índole a fin

⁴² BERDUGO SAUCEDO, Pedro David. Código de Procesamiento Penal. Bogotá : Defensoría del Pueblo, 2008.

⁴³ CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19696 del 12 de octubre de 2000.

⁴⁴ Órgano que ostenta la titularidad de perseguir penalmente los delitos en nombre del Estado Chileno y dirigir las investigaciones de carácter penal, el Artículo 1º. De la Ley 19640 define éste como un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, J. S. Responsabilidad Penal y Detención Preventiva. El Proceso Penal en Colombia Ley 906 de 2004. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013.

de validar la naturaleza de la prisión preventiva. Entre tanto, se puede observar en el artículo 140 del Código Procesal Penal chileno lo siguiente:

una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

La lectura del artículo 140 permite categorizar los supuestos de la medida de aseguramiento en dos tipos: uno cautelar y otro material. El juicio material se encuentra inmerso en los literales a) y b) donde se establece que el juez sólo puede declarar la prisión preventiva previo proceso razonable que permita determinar antecedentes que conlleven a la existencia de un delito y a la probabilidad de que el procesado tiene algún tipo de responsabilidad. Con esta exigencia, lo que se quiere lograr es mantener la objetividad de un cargo suficientemente serio con base a informes sólidos que permitan planear la realización del juicio y una posterior condena. En cuanto el criterio cautelar, este se encuentra inmerso en el literal c) del mencionado artículo, y donde se señala que la prisión preventiva se presenta como una medida cautelar de tipo personal y, de esta manera, como un medio o herramienta idónea con un fin explícito.

Esta medida cautelar pueda ser imputada para asegurar, si se presentase un caso de que no pueda ejecutarse por medio de otras medidas cautelares, los fines de este modo no da ofrecimiento de nada nuevo. Es lógico, como se viene defendiendo, la prisión preventiva tiene mucha relación con el lenguaje procesal, y junto con los objetivos del proceso. Los objetivos del proceso son variados, pero deben centrarse en dar una justa acción por el objeto en disputa. Caso distinto al proceso penal que busca determinar la responsabilidad en un delito. En este caso

la regulación chilena tiene una particularidad: pareciera que la protección de los intereses en las víctimas, como las de la sociedad se encuentran fuera de los objetivos que deben tener el proceso.

Otro punto básico se encuentra también incluido en el artículo 140 ya citado del Código de Procedimiento Penal chileno: el riesgo para la sociedad y el ofendido. En particular, la norma chilena describe que para estimar la libertad del imputado como peligrosa para la sociedad, se deben considerar las siguientes circunstancias: “la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla”. Así también tiene en cuenta otro tipo de medidas de aseguramiento: el arresto domiciliario, la obligación del acusado a presentarse ante el juez periódicamente y prohibiciones como la de comunicarse con alguien, visitar algún lugar y salir del país⁴⁶. El artículo 138 del Código Penal Chileno menciona que la prisión preventiva sólo puede aplicarse cuando las otras medidas de aseguramiento resulten insuficientes.

En México. De acuerdo a la legislación mexicana, luego de que una persona es detenida, el fiscal es quien puede pedir ante un juez la medida de aseguramiento que sea conveniente, ya que la ley respalda al ente acusador. El proceso para pedir por la aprehensión del acusado se hace en una audiencia donde se involucran en un debate, el individuo acusado, contra el ente acusador que es la fiscalía y un tercero imparcial que es el juez. Este último toma las decisiones de acuerdo a las pruebas presentadas por ambas partes. Durante el proceso de juicio y mientras se dictamina si el acusado es inocente o culpable, este debe permanecer en la llamada prisión preventiva. La prisión preventiva tienen tres motivos por los cuales es aplicable: el

⁴⁶ DUCE, Riego. La prisión preventiva en Chile. Santiago de Chile: Código Procesal Penal, 2015.

peligro de que el acusado se escape, le seguridad de la víctima, y, por último, la necesidad de investigar al acusado⁴⁷.

Cada caso debe tener las pruebas suficientes sobre la peligrosidad que representa el procesado estando en libertad durante el juicio. En México el tema de prisión preventiva tiene como respaldo importante la Constitución Política, pues en el párrafo 1º del artículo 18 se dispone: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”⁴⁸. Al analizar el artículo mencionado, se infiere que la Ley da como solución la manera de encarcelamiento mencionado: la persona que es detenida por determinado delito, estará en un lugar aislado de la libertad mientras se estudia el caso y es determinado lo contrario. En caso de no encontrarse pruebas suficientes será liberado de manera inmediata. Una vez se halle su culpable, será destinado a una cárcel de máxima seguridad -prisión punitiva-. La prisión preventiva en México ha levantado muchas críticas, pues resulta algo ilógico que se castigue a alguien para investigarlo, cuando el castigo sólo opera una vez determinada la culpabilidad. En este punto, resultan oportuno los aportes de Beccaria en torno a que la prisión preventiva aplicada no debe interrumpir con los derechos de la persona, pues si llegase a haber violación de los derechos, se puede tomar como abuso de poder⁴⁹.

En México son más amplios los requisitos para que el ente encargado de formalizar la acusación solicite esta medida cautelar El Artículo 19 de la Constitución Política mexicana manifiesta:

⁴⁷ MÉXICO. CONGRESO NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Nacional de Procedimientos Penales del 18 de junio de 2008.

⁴⁸ MÉXICO. CONGRESO NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial del 5 de febrero de 1917.

⁴⁹ BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

En México la prisión preventiva no está clasificada en la legislación como una pena, pero sí como una medida cautelar con el fin de asegurarse que los procesos tengan una buena marcha y el inculcado no vuelva a cometer nuevos delitos o eluda la Ley o las sanciones impuestas⁵⁰.

En Ecuador. Dentro de la filosofía política contemporánea, los ecuatorianos han introducido lo que en lenguas ancestrales se ha denominado el “*sumakkawsay*” y que traduce “el buen vivir”⁵¹, el cual ha sido plasmado en la Constitución Política, por tanto, en las normas jurídico penales de carácter sustantivo y adjetivo. El Código de Procedimiento Penal, promulgado mediante la Ley No. 000 del 13 de enero de 2000⁵² con vigencia a partir del 13 de julio de 2001, en su artículo 168 establece que la detención preventiva se dará contra una persona, a pedido de la fiscalía, contra la cual haya presunciones de responsabilidad:

Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito, y 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

Igualmente es de resaltar que la prisión o detención preventiva en Ecuador, por disposición del artículo 169, no podrá superar seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en delitos sancionados con reclusión de tal

⁵⁰ BELMARES RODRÍGUEZ, Antonia. Análisis de la prisión preventiva. México : Universidad Autónoma de Nuevo León, 2003.

⁵¹ CORTEZ, D. La construcción social del “Buen Vivir” (Sumak Kawsay) en Ecuador. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

⁵² ECUADOR. CONGRESO NACIONAL. Ley No. 000, del 13 de enero de 2000.

manera, y por ello es válido afirmar que el Ecuador ratifica su compromiso frente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos limitando en el tiempo la medida cautelar en casos que no han sido resueltos contra los acusados, dando de esta manera aplicación a la regla general de la presunción de inocencia y el derecho a la libertad individual.

Luego de que la nueva constitución entró en vigencia, el Estado ecuatoriano se ha determinado como Estado constitucional de Derecho y justicia. En el año 2009 se hizo varias reformas para evitar el abuso de la detención preventiva, la extensión de estas reformas también alcanzan a regirse para los fiscales en su papel de juzgadores en el momento de implementar esta detención. La Constitución de la República del Ecuador habla sobre la privación de la libertad, específicamente, en el numeral 1º de su artículo 77:

La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

En el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano se describen diferentes clases de medidas cautelares para con el investigado, entre esas está la prisión preventiva, por lo mismo que hay varias al momento de aplicarle al interrogado no solo es la prisión preventiva, y mucho menos se puede imponer, ya que ésta se aplicaría cuando cumpla con los requisitos que se mencionan en el artículo 167 de la misma norma legal:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. Indicios suficientes de

que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

La prisión preventiva no solo debe, sino que tiene que cumplir con su fin y su propósito. Esta medida no debe aplicarse como una regla general, ya que la Constitución Política describe que se trata de una medida excepcional. Dentro de las características encontradas en la prisión preventiva en Ecuador se observan: la instrumentalidad cuya finalidad busca evitar la fuga del inculcado y así poder ejecutar el fallo; la provisionalidad es decir la medida es temporal; la jurisdiccionalidad que indica que solo los jueces competentes tienen el poder de dictar la orden de prisión preventiva; la legalidad en donde el juez dicta la medida solo cuando lo señalen la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; la proporcionalidad que indica dicha prisión no es definitiva porque todo depende del proceso que está ejecutando; finalmente, revocable por cuanto puede sufrir alteraciones⁵³.

En Puerto Rico. La medida de aseguramiento preventiva tiene su concepción en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. El artículo 11 inciso 5º manifiesta que “la detención preventiva antes del juicio no excederá de seis meses. Las fianzas y las multas no serán excesivas. Nadie será encarcelado por deuda”. Por su parte, y como quiera que la Constitución de Puerto Rico le asigna al Tribunal Supremo el deber de adoptar reglas de procedimiento criminal, la Ley 281-2011 del 27 de diciembre de 2011, mediante la cual se decretó en el artículo 1º una enmienda al inciso (a) de la Regla 6 de la Ley de Procedimiento Criminal de 1963, es lo más parecido a la medida de aseguramiento preventiva y se lee de la siguiente manera:

Expedición de la orden. Si de una denuncia jurada o de la declaración o declaraciones juradas sometidas con la denuncia o del examen bajo juramento del denunciante o sus testigos, si algunos, constare que hay causa probable para creer que se ha cometido el delito por la persona o personas contra

⁵³ GARCIA FALCONI, José Carlos. El derecho constitucional a la presunción de inocencia y la prisión preventiva en Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

quienes se imputa, el magistrado expedirá la orden para el arresto de dichas personas, con excepción de lo dispuesto en la regla 7(a).

El Ministerio Público tendrá discreción para presentar cargos en ausencia a toda persona sospechosa de delito cuando entienda que existen circunstancias justificadas, excepto: (a) cuando el sospechoso comunique por sí o a través de su representación legal que está disponible para acudir a la vista de Regla 6 o su alzada, en el día y la hora indicada por el fiscal; (b) cuando se tenga al sospechoso de delito y esté bajo custodia estatal o federal en una institución penal; (c) cuando se tenga del sospechoso de delito una dirección física de trabajo o dirección residencial en la cual se pueda notificar personalmente de la radicación de cargos en su contra. El Tribunal deberá evaluar la justificación presentada por el Ministerio Público para radicar en ausencia antes de tomar una determinación.

No obstante, la determinación del Ministerio Público de que existen circunstancias justificadas para someter el caso en ausencia será merecedora de amplia deferencia por parte del magistrado. La determinación de causa probable podrá estar fundada total o parcialmente en una declaración por información o creencia con suficiente garantía circunstancial de confiabilidad. Cuando hubiere más de una persona afectada, el magistrado podrá expedir una orden de arresto para cada una de ellas. El magistrado hará constar en la denuncia los nombres de las personas examinadas por él para determinar causa probable.

Dando a entender de esta forma que a pesar de que se halle una enmienda, se seguía contemplando la detención como algo preventivo dependiendo del caso o de los antecedentes del presunto acusado, por lo cual se da a entender que esta medida no es una forma de aprovechamiento para poner provisionalmente al presunto acusado en una prisión, por más del tiempo estipulado, lo cual debe ser antes del juicio pero que no debe exceder más de ese tiempo, siendo el caso de que se llegue a ese tiempo estimado o establecido debe darse por terminado dicha medida y pasar posteriormente al juicio en el que se dicta la sentencia al acusado.

En Perú. En Perú este tipo de medida tiene su origen legal por disposición Constitucional, específicamente, el artículo 2° numeral 24 literal f):

Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados

por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

Posteriormente su desarrollo se ve reflejado en el Decreto legislativo No. 957 del 29 de julio de 2004, el cual derogo el antiguo código -Ley 9024 de 1939-. En el Libro Segundo, Sección III, Título III el legislativo peruano reguló todo lo concerniente a las medidas de corrección judicial. La prisión preventiva, se encuentra en segundo orden, posterior a la detención que recae sobre el cuerpo policial. La prisión preventiva es facultativa del juez y solo se dictara si el Ministerio Publico hace la solicitud.

En Perú deben cumplirse los siguientes presupuestos para que se haga efectiva la prisión preventiva o medida de aseguramiento: 1) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; 2) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y 3) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Cuando se tenga las suficientes razones que brinden convicción de los actos de delincuencia o de pertenecer a una organización criminal, y advertir que en el caso de que exista el hecho de tratar de fugarse o de intervenir con la verdad del proceso, se puede mandar al individuo o a su organización a un método llamado prisión preventiva, pero esto debe ocurrir si se tienen los fundamentos necesarios o las pruebas necesarias para recurrir a el proceso nombrado. Durante ese proceso se debe investigar y dar afirmación sobre si la culpabilidad de los delitos para con los imputados es correcta o no, en caso de ser negativa es inmediata su libertad.

Entonces, cuando los entes de justicia encargados de dar aplicación a la prisión preventiva, agregan a la omisión del derecho que le es correspondido al acusado, sin tener en cuenta los plazos trazados en el artículo 272 del NCPP, el cual habla del tiempo que debe durar la prisión preventiva. De esta forma se puede transgredir el derecho a la libertad del personal.

En España. En España, la medida de aseguramiento de detención preventiva recibe la denominación de *prisión preventiva* y según Marín, fue una de las medidas más complejas de implementar en el país europeo debido a que esta medida es:

[...] a que constituye la injerencia más violenta del poder estatal en la esfera de libertad de los individuos, y es aquí donde con mayor énfasis se muestra la enorme tensión que existe entre la libertad de los sujetos y la necesidad de reprimir las conductas delictivas⁵⁴.

El capítulo segundo de la Constitución Política de España referente a los Derechos y libertades de los ciudadanos españoles en su artículo 17 reza:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial⁵⁵.

⁵⁴ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno. Revista de Estudios de la Justicia, 2002, no. 1, pp. 9-54.

⁵⁵ ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO. Constitución Política de España del 6 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado No. 311, de 29 de diciembre de 1978.

3.2. CAPÍTULO II. Criterios de interpretación desde los instrumentos internacionales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

3.2.1. El derecho a la libertad y la detención preventiva en los instrumentos internacionales

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁵⁶ se hizo referencia a la libertad personal como uno de los derechos que se encuentran adheridos a la misma naturaleza del ser humano. Al menos tres artículos se refieren al tema. El artículo 1º describe que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos [...]” y el artículo 2º que expresa que son derechos naturales “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”, los cuales resultan imprescriptibles al hombre. Pero de forma directa el artículo 7º señala que “ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; (...)”.

Como se observa, ya desde el siglo XVIII la libertad ha correspondido a un derecho universal aplicable a todos hombres bajo el principio de igualdad, aunque se agregaba en el artículo 1º de la Declaración de 1789 que “las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Claro está, la distinción social no opera en la actualidad, pues el trato desigual debe obedecer a condiciones particulares sin que los derechos fundamentales puedan ser sujetos a un desconocimiento. La libertad personal desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano limita el poder del Estado por lo que no es posible que se arreste, detenga o acuse a una persona sin el cumplimiento de requisitos y formalidades que se prescriban dentro de la Ley, o por casos que no se contemplen dentro de la normatividad.

⁵⁶ FRANCIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

Como se puede advertir, los rasgos de esta regulación presentan un esquema similar al que posteriormente adoptaría nuestro texto constitucional, en el sentido de otorgar protección genérica al derecho a la libertad, esto es, en tanto capacidad de una persona para auto determinarse, tal y como se explicó en su fase inicial, para cerrar posteriormente con el establecimiento del derecho a la libertad personal, entendida como la libertad física o ambulatoria del ser humano, estableciendo desde ya limitaciones básicas al ejercicio del poder público estatal, tales como, la imposibilidad de la privación o perturbación de este derecho ante el incumplimiento de obligaciones de naturaleza patrimonial, sólo por mencionar algunas.

Asimismo, ya puede observarse la preocupación a nivel regional, por plasmar exigencias dentro de un texto normativo, que permitan restringir el derecho a la libertad personal, entre las cuales resultan especialmente relevantes, la legalidad en la imposición de la medida, y el cumplimiento de determinados requisitos procedimentales a los que debe encontrarse sujeto una detención o arresto.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁵⁷, cuyo nacimiento se explica como una respuesta internacional de repudio a las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial, se refiere a la libertad personal como un derecho humano esencial y fundamental. De manera extensa, hace mención al tema señalado. Se hace mención a la libertad como derecho desde un sentido general y un sentido estricto. En el primer escenario, el derecho a la libertad se describe tanto en el preámbulo como en los artículos 1º y 3º. En el preámbulo se menciona lo siguiente: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...]”. Aquí se observa la libertad como principio que guía la Declaración y muestra que hay una relación

⁵⁷ NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Resolución 217A (III) del 10 de diciembre de 1948.

directa de la libertad con el respeto de la dignidad humana y los derechos humanos, pues estos dos sirven de pilares para la protección no sólo de la libertad, además de otros principios como la justicia y la paz.

En cuanto al artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se describe que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Aquí se verifica el sentido amplio de la libertad como derecho esencial y se traduce en la capacidad para ser y actuar del individuo. Dicha libertad es predicable para todas las personas en igualdad de condiciones. Y en el artículo 3º también se hace referencia a la libertad en un sentido amplio: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. En este caso la libertad se interpreta también como capacidad para ser y actuar, y como límite de acción para las demás personas.

Por último, se tiene en la Declaración Universal de los Derechos Humanos la prohibición de detener, poner preso o detener de manera arbitraria a cualquier persona (art. 9º). Lo primero que se debe enfatizar sobre este artículo es que la libertad no se trata de un derecho absoluto, pues en determinados casos se puede limitar el mismo. La prohibición de detener a alguien de forma arbitraria implica que existe la posibilidad de limitar la libertad conforme a los requisitos y condiciones que se determinen en la Ley.

Hasta el momento, las Declaraciones de 1789 y 1948 se refirieron en términos bastante amplios a la libertad como derecho por lo que no es posible extraer diversos y significados criterios de interpretación para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad. Y es que en efecto, no se menciona de manera específica la detención preventiva en estos dos instrumentos internacionales y sólo será en la Convención Europea de Derechos Humanos de

1950⁵⁸ donde se hace una descripción más detallada de esta figura en su artículo 5°. Expresa la norma citada que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, [y] no puede ser privado de la libertad”, pero seguido incorpora la excepción a la regla general indicando “salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley [...]”. Se formulan algunos criterios para que opere la medida de aseguramiento de detención preventiva:

1. Mediante sentencia dictada por tribunal competente.
2. Por desobediencia a una orden judicial o para asegurar una obligación legal.
3. Para asegurar la comparecencia ante tribunal competente porque se cuenta con indicios razonables de que cometió una infracción, impedir que cometa una infracción o evitar su fuga después de haberla cometido.
4. En caso de un menor, con el objetivo de hacerle comparecer ante autoridad competente.
5. En caso de una persona que pueda propagar una enfermedad, para evitar que ello suceda.
6. Para impedir que una persona ingrese ilegalmente en el territorio o contra quien se encuentre en curso procedimiento de expulsión o extradición.

Los numerales 1, 2 y 3 corresponden a abstracciones generales en los que se definen como criterios la necesidad que opere una orden judicial emitida por tribunal competente y en los casos específicos: existen indicios de la autoría de la infracción, evitar que se cometa una infracción o impedir que huya de la justicia la persona. Por otro lado, los numerales 4, 5 y 6 describen casos muy particulares en los que operaría la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Ahora bien, el artículo 5.2. de la Convención Europea de Derechos Humanos pone de manifiesto un conjunto de criterios que deben operar una vez se imponga la

⁵⁸ CONSEJO DE EUROPA. Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, Roma, Italia.

medida de aseguramiento de detención preventiva, y que sirven como límites para la acción punitiva del Estado y como derechos para el individuo sobre el cual se ejerce la medida. Estos son: 1. Debe ser informada en plazo razonable y en lenguaje comprensible los motivos de la detención, 2. Debe ser conducida sin dilación ante autoridad competente para el juzgamiento en tiempo razonable y su libertad provisional debe ofrecer garantías para su comparecencia, 3. Otorgar recursos ante órgano judicial para verificar la legalidad de la detención, 4. Derecho a la reparación en caso de detención arbitraria.

Como se observa, la Convención Europea de Derechos Humanos trae consigo importantes avances en cuanto a la regulación de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Uno de ellos corresponde al plazo razonable de la detención, por lo que otros instrumentos internacionales formulados con posterioridad se referirán a este criterio operativo de la detención preventiva. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacará desde sus comienzos el tema del plazo razonable de la detención en su jurisprudencia:

Se debe considerar el carácter razonable de la duración de la detención hasta el comienzo del juicio en función de la situación de detención en la que se encuentre el acusado. Hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que se analiza es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable⁵⁹.

En 1966 se confecciona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas⁶⁰, instrumento que en su artículo 9.1. se refiere al derecho a la libertad -“todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”- y a la limitación de los Estados para privar de la libertad a las personas -“nadie podrá ser

⁵⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Neumeister. Sentencia del 27 de junio de 1968 / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Iłowiecki vs. Polonia. Sentencia del 4 de octubre de 2001.

⁶⁰ NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966. Resolución N° 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

sometido a detención o prisión arbitrarias”-. Como se observa, la prohibición infiere que la libertad no configura un derecho absoluto, pues lo que se evita es que la detención se haga de manera arbitraria, es decir, sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o con violación directa del principio de legalidad. Por ello, seguido se menciona: “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

Al igual que la Convención Europea de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresará un conjunto de criterios que se deben considerar al momento de aplicar la detención preventiva. Por un lado, se encuentran los derechos de la persona detenida: 1. Derecho a ser informada sobre las razones de la detención y su debida notificación, 2. Derecho a que sea presentada sin demoras ante un juez o funcionario judicial competente, y juzgamiento dentro de un plazo razonable, 3. Derecho a recurrir ante tribunal competente para verificar y declarar la legalidad de la detención, y 4. Derecho a la reparación en caso de ser ilegalmente detenido. Como se observa, estas reglas también se establecen en la Convención Europea de Derechos Humanos, sin que se defina criterios adicionales de aplicación ante la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Sin embargo, el artículo 10 del Pacto pone de manifiesto algunos elementos a considerar: 1. La persona privada de la libertad debe ser tratada de manera digna y humana, 2. Las personas detenidas y procesadas deben estar separados de los condenados y con tratamiento distinto, y 3. En caso de menores, estos deben estar separados de los adultos y su proceso llevarse de una manera más diligente y rápida.

Así mismo, el Pacto Internacional señala que:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

La detención preventiva es una regla excepcional y no general, y sólo opera en función de asegurar la comparecencia del individuo al juicio o en cualquier momento del proceso penal, o para el cumplimiento del fallo. Este es un criterio de interpretación de amplio significado, pues contempla el carácter ineludible e improrrogable de la libertad como derecho humano.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969⁶¹ en su artículo 7.1. señala que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”. Así mismo, en el artículo 7.2. menciona que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones [...] o por las leyes dictadas [...]”. Al igual que en los otros instrumentos analizados, se observa que toda persona sin distinción tiene derecho a su libertad personal y física, siendo esta la regla general, y para limitar dicho derecho se requiere que se cumplan los requisitos que se establecen en la Ley. De manera particular, la Convención anota que tratándose de un derecho fundamental, la limitación de la libertad personal debe estar ajustada a las Cartas Políticas, y por ello el artículo 7.3. señala que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

Ahora bien, frente a la detención, el artículo citado se refiere a un conjunto de garantías que se deben respetar. Entre estas se encuentran: 1. Ser informada de las razones de la detención y debida notificación sin demoras, 2. Ser puesta ante juez sin demoras para que se revise su situación y sea juzgada, 3. Ser puesta en libertad, excepto que se requiera asegurar su comparecencia, 4. Ser puesta ante la

⁶¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José. 22 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica.

autoridad correspondiente para que se revise la legalidad de la detención, 5. Recursos para solicitar la legalidad de la detención, sin que este pueda ser restringido o abolido.

En la tabla 3 se muestra el conjunto de instrumentos internacionales ya descritos en este punto con una síntesis de los criterios para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Tabla 3.

Criterios para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva desde diversos instrumentos internacionales

Instrumento internacional	Norma	Criterios establecidos para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva
Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789	Art. 7º	En casos señalados en la Ley. Bajo las formalidades prescritas en la Ley.
Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948	Art. 9º	No puede darse de forma arbitraria.
Convención Europea de Derechos Humanos	Art. 5.1	Para la imposición de la medida: <ul style="list-style-type: none"> - Mediante orden judicial por tribunal competente - En los casos generales: hay indicios razonables sobre la autoría de la infracción, evitar que cometa una infracción o impedir que huya de la justicia asegurando la comparecencia. - En los casos específicos/excepcionales: evitar que propague una enfermedad, asegurar la comparecencia de un menor ante la autoridad y evitar ingreso ilegal a un país o que se

		<p>encuentre en curso proceso de extradición.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Plazo razonable de la detención.
	5.2. y 5.3.	<p>Una vez impuesta la medida operan los derechos de la persona:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Debidamente informada –plazo razonable y lenguaje comprensible-. - Ser conducida sin dilaciones ante autoridad competente. - Otorgar recursos ante órgano judicial para verificar legalidad de la detención. - Derecho a reparación en caso de detención arbitraria.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	Art. 9º	<p>Se trata de una medida excepcional y no general.</p> <p>Opera para asegurar la comparecencia al juicio o cualquier otro acto procesal.</p> <p>Derechos que se deben respetar al momento de imponer la medida de aseguramiento:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ser informada de las razones de la detención y su debida notificación. - Ser presentada de manera pronta ante autoridad y en plazo oportuno llevar a cabo el juicio. - Recursos para verificar la legalidad de la detención. - Reparación en caso de detención ilegal.
	Art. 10	<p>Otros derechos o consideraciones al imponer la detención:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Trato digno y humano.

		<ul style="list-style-type: none"> - Estar separados de los condenados y con tratamiento diferencial. - En caso de menores, estos deben estar separados de los adultos y su proceso llevarse de una manera más diligente y rápida.
Convención Americana de Derechos Humanos de 1969	Art. 7º	<p>La limitación de la libertad física debe estar enmarcada en la Constitución Política o la Ley.</p> <p>Derechos que operan:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ser informada de las razones de la detención y debida notificación sin demoras. - Ser puesta ante juez sin demoras para que se revise su situación y sea juzgada. - Ser puesta en libertad, excepto que se requiera asegurar su comparecencia. - Ser puesta ante la autoridad correspondiente para que se revise la legalidad de la detención. - Recursos para solicitar la legalidad de la detención, sin que este pueda ser restringido o abolido.

Fuente: Autor

Ahora bien, cada uno de los instrumentos internacionales citados en este acápite tiene vigencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano en función del bloque de constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la Constitución Política de 1991. Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades a la aplicación de los postulados internacionales sobre Derechos Humanos a fin de

regular el tema de la libertad personal y la detención preventiva como medida de aseguramiento. Pero antes de revisar algunos de los pronunciamientos referidos al nexo Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH) y la medida de aseguramiento de detención preventiva, resulta oportuno enfatizar en la concepción del Tribunal Constitucional en materia del derecho a la libertad y el plazo razonable que se debe considerar en estos casos.

En la Sentencia C-239 de 2012⁶² analiza el contenido del artículo 28 de la Carta Política, señalando que se tratan de “verdaderas reglas constitucionales encaminadas a delimitar la manera estricta la actividad del Estado frente [al derecho a la libertad]”. En efecto, este precepto constitucional pone de manifiesto que nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido [...], sino tan sólo por mandato escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo expresado de manera previa en el ordenamiento jurídico. Esto se ajusta a los criterios que se han incorporado a los instrumentos internacionales (ver tabla 3). También son coherentes otras reglas que se definen en el mismo artículo, por ejemplo, que la persona debe ser puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes desde la detención, lo que supone un plazo razonable. Para la Corte Constitucional:

Con ello, se fijan límites precisos sobre los motivos y condiciones en que podrá restringirse el derecho a la libertad, así como las actuaciones que implican el desconocimiento de dicho derecho. Lo anterior sin olvidar que la intervención judicial opera “tanto en el momento de disposición a través de una orden motivada, como en el momento del control de legalidad de una efectiva privación de la libertad”, con lo cual el juez se convierte en el más cierto garante de la libertad⁶³.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-239 del 22 de marzo de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶³ *Ibídem*.

En la Sentencia C-106 de 1994⁶⁴ se resalta el carácter excepcional de la detención y que sólo procede en los casos determinados por la Ley y en las condiciones que se definan. Así mismo, se menciona que al tratarse de un derecho fundamental, se debe considerar en toda su extensión los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados en el país. Bajo estos planteamientos, se entiende que la detención preventiva es excepcional, esto es, una figura en que solo “puede apelarse en los casos previstos por la ley y dentro de sus rigurosos límites, sin perjuicio de las garantías que aseguren la comparecencia del sindicado al pertinente juicio y su disponibilidad para la ejecución del fallo, tal como se ha subrayado en esta sentencia”.

En la Sentencia C-774 de 2001⁶⁵ dispone la Corte Constitucional que la Constitución Política obliga a todas las autoridades públicas a que se garanticen los derechos y libertades de las personas, y la promoción de la dignidad humana. En ese sentido, la privación de la libertad personal “no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley”.

Así mismo, se encuentra la Sentencia C-456 de 2006⁶⁶ en la que el Tribunal Constitucional considera la aplicación de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad para la imposición de la medida de aseguramiento. Estos criterios sirven de marco analítico para los jueces al momento de abordar cada caso en particular, pues se trata de una medida excepcional, y a la vez, con carácter preventivo. Lo mismo se reitera en la Sentencia C-390 de 2014⁶⁷ en donde se vuelve a enfatizar la excepcionalidad de la detención preventiva:

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-106 del 10 de marzo de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 del 7 de junio de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-390 del 26 de junio de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Sí ante pasajes oscuros, confusos o contradictorios, la Corte debe dilucidarlos de manera que queden limitados, recalcando la excepcionalidad de la privación de la libertad, que aunque se encuentra justificada y permitida de forma restringida como medida para evitar el entorpecimiento del proceso y la alteración de las pruebas, ya es demasiado gravosa para los derechos fundamentales.

En la Sentencia C-366 de 2014⁶⁸, la Corte Constitucional expresó que la detención preventiva debe ajustarse a los instrumentos internacionales, y ello significa que “debe ser excepcional, necesaria y racional”. La racionalidad depende de una base probatoria mínima que permita inferir la autoría o participación del individuo en el hecho punitivo, así como el logro de los fines del proceso penal de acuerdo al artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

3.2.2. La presunción de inocencia en los instrumentos internacionales

La presunción de inocencia se encuentra ligada de manera directa con el derecho a la libertad y la excepcional medida de aseguramiento de detención preventiva. Por ello, resulta lógica la incorporación de esta figura dentro de los instrumentos internacionales relacionados con los Derechos Humanos. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se describe que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 11.1). Esto significa que hasta que no se aplique un juicio justo y soportado en las garantías que integran el debido proceso, todo individuo tiene derecho a que se le trate como persona no culpable. De allí que se reconozcan un conjunto de garantías e instrumentos para que ejerza su respectiva defensa técnica y material.

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 del 11 de junio de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

También se encuentra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual describe en su artículo 14.2 que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. No se refleja diferencia con la Declaración de 1948, ni con la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 que en su artículo 8º señala “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Básicamente, se utilizan los mismos términos para referirse a la presunción de inocencia: persona acusada o inculpada, derecho, presumir la inocencia, hasta que se pruebe o demuestre la culpabilidad. En ese sentido, las palabras utilizadas para formular el derecho o garantía de la presunción de inocencia sólo adquieren significado, alcance y delimitación mediante el reconocimiento de los mecanismos o instrumentos dentro de los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados.

De acuerdo a Aguilar López⁶⁹, la presunción de inocencia “encuentra reconocimiento prácticamente en todos los documentos internacionales de derechos humanos que regulan el procedimiento penal, y la enorme mayoría de los países democráticos lo aplica sin discusión, ello pese a la opinión de parte de la doctrina”. Y es que precisamente, es en el ámbito penal donde la presunción de inocencia adquiere mayor significado y regulación. Por ello, en la mayoría de Estados que se encuentran vinculados con el respeto y protección de los Derechos Humanos, han incorporado a través de sus constituciones y normas penales la presunción de inocencia como derecho y garantía.

En el contexto colombiano, la presunción de inocencia constituye una garantía constitucional por estar incorporado desde la misma Carta Política en su artículo 29.

⁶⁹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Presunción de inocencia: derecho humano en el sistema penal acusatorio. México DF: Instituto de la Judicatura Federal, 2015. p. 15

Para la Corte Constitucional⁷⁰, “los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares”. Así mismo, en la sentencia citada se describe la presunción de inocencia como un derecho fundamental, el cual implica que “cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad”.

Esta concepción tiene una importancia significativa dentro del ordenamiento jurídico punitivo. Primero, supone que el procesado debe contar con todas las garantías e instrumentos para que pueda ejercer su defensa como recursos y oportunidades procesales, segundo, implica que el Estado es quien tiene la carga de la prueba y la función esencial de destruir la presunción de inocencia demostrando la culpabilidad del procesado, y tercero, sugiere que a pesar de operar la medida de detención preventiva se debe tratar al individuo como persona inocente en todos los ámbitos, esto es, con un tratamiento diferencial.

Por su parte, el constitucionalista chileno Nogueira Alcalá⁷¹ define la presunción como:

[...] el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-289 del 18 de abril de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Revista Iut et Praxis, 2005, v. 11, no. 1. p. 242

proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir.

De lo anterior, se pueden resaltar varios elementos. La presunción de inocencia tiene un sentido *a priori* lo que supone que toda persona por su calidad humana es considerada libre de culpabilidad. Así mismo, implica que el individuo ajusta su comportamiento a las reglas y normas jurídicas que rigen la sociedad, y sólo ante tribunal competente se puede desvirtuar dicha apreciación una vez se profiera sentencia condenatoria. Y por último, que las medidas cautelares deben aplicarse de manera restrictiva o excepcional a partir de análisis y cumplimiento de formalidades rigurosas a fin de no afectar derechos fundamentales que conduzcan a posibles daños. Por ello, se establece la reparación como una de las garantías de las personas que son privadas de la libertad de forma arbitraria.

Nogueira Alcalá⁷² va más allá en sus consideraciones sobre el derecho a la presunción de inocencia. Expresa que se trata de un estado jurídico de la persona que conduce a un comportamiento limitado del aparato de justicia. Como ya se ha señalado, y como se observa desde los mismos instrumentos internacionales, se deben ofrecer una cantidad significativa de garantías a las personas procesadas dentro del marco del sistema punitivo, y esto se debe, en parte, al conjunto de derechos inalienables y fundamentales que le asisten a todos los hombres, entre estos, la presunción de inocencia. Por su parte, Ferrajoli⁷³ expresa que la presunción de inocencia conlleva a dos garantías esenciales: 1. Una limitación mínima de la libertad personal -regla del tratamiento del imputado-, y 2. La carga de acusar y probar al ente investigador -regla del juicio-.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2001. p. 551

Conforme a Aguilar García⁷⁴, la presunción de inocencia es una figura jurídica que va más allá de un principio de interpretación o una regla probatoria, sino que es ante todo “un derecho con significado práctico a lo largo del proceso penal que garantiza una protección especial a las personas acusadas de algún delito”. En efecto, el significado práctico se verifica en las mismas reglas procedimentales que deben permitir a la persona su defensa con todas las garantías y recursos disponibles, mientras que el Estado y el ente acusador prueban más allá de toda duda razonable la responsabilidad punitiva del acusado: “por tanto, como derecho de la persona imputada, el respeto y ejercicio efectivos de la presunción de inocencia van más allá de la verdad y de la justicia”⁷⁵.

Ahora bien, Aguilar López⁷⁶ realiza un análisis de la doctrina internacional para reconocer las principales líneas de interpretación en torno a la presunción de inocencia. Expresa que esta garantía se encuentra ampliamente incorporada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero que pese a ello, no se ha logrado superar los vacíos e incertidumbres que giran en torno al concepto de *presunción*. Por ello, se pueden observar diversas posturas al respecto: 1. No se trata de una verdadera presunción en la figura de la presunción de inocencia, pues esta corresponde a un medio de prueba en el campo teórico del Derecho. 2. Corresponde a un medio de prueba que son el producto de un razonamiento que infiere la existencia de un hecho como cierto y que no requiere probar. 3. Se refiere a una fuente de prueba por cuanto es una consecuencia que se deduce de la misma Ley. 4. Es una actividad mental del ente juzgador o un juicio de probabilidad calificada. Y 5. Corresponde a una operación intelectual -juicio- que realiza una autoridad investida de jurisdicción para declarar la probabilidad de un hecho.

⁷⁴ AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce. Presunción de inocencia. México DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013. p. 9

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Presunción de inocencia: derecho humano en el sistema penal acusatorio. México DF: Instituto de la Judicatura Federal, 2015. p. 76

3.2.3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la medida de aseguramiento de detención preventiva

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en múltiples sentencias a los temas ya abordados en esta investigación. El derecho a la libertad, el derecho a la presunción de inocencia y la medida de detención preventiva son temas claves y ampliamente desarrollados dentro de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos Humanos. Para un análisis riguroso y sistemático de este apartado, se organiza el texto según cada tópico identificado.

El derecho a la libertad en la jurisprudencia de la CIDH

En notables y variadas oportunidades se ha referido la CIDH sobre el derecho a la libertad personal. Respecto del alcance y la naturaleza de este derecho humano ha indicado que permite la protección de la libertad física como de la seguridad personal y la posibilidad de autodeterminación⁷⁷. Así mismo, ha expresado este Tribunal que el derecho a la libertad consignado en el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos trae dos tipos de reglas, siendo una de tipo general y otra de tipo específico⁷⁸. La regla general se traduce en el derecho de toda persona a su libertad y a la seguridad personales, mientras que la regla específica lo conforma todo el conjunto de garantías que se puede extraer del artículo 7º de la Convención, entre estos: derecho a no ser privado de manera ilegal o de forma arbitraria, derecho a conocer las razones de la detención, derecho a que se revise la legalidad de la detención, derecho a que la detención cumpla el criterio de tiempo razonable y el derecho a no ser detenido por deudas.

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia del 7 de junio de 2003.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007.

De esta manera, se puede entender el derecho a la libertad desde una perspectiva amplia como la facultad y capacidad de la persona, sin restricción legal, para hacer y no hacer aquello es jurídicamente permitido. De acuerdo a la CIDH supone “el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”⁷⁹. En cuanto a la seguridad personales asociado de manera íntima con el derecho a la libertad, la CIDH entiende la misma como “la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable”, es decir, se asocia con la posibilidad de que la libertad sea ejercida sin mayores limitaciones, sino aquellas que son producto de la misma convivencia y exigidas para garantizar la organización social y el respeto de los derechos de los demás.

Para la CIDH el artículo 7º de la Convención Americana de derechos Humanos protege de manera exclusiva el derecho a la libertad física y se extiende a un conjunto de actos corporales que se manifiesta, generalmente, a través del movimiento físico. De esta manera, la seguridad personales se refiere a todas las garantías del individuo para que dicho movimiento físico-acto corporal pueda ser ejercido con total sin capacidad sin interferencias ilegales o arbitrarias, lo que supone que no se trata de un derecho absoluto pues sólo se prohíben limitaciones o injerencias no conforme a Derecho. En ese sentido, la CIDH entiende que la libertad es la regla general, y su restricción la regla excepcional. Así mismo, el Tribunal en mención considera que la violación de la regla específica o garantías contenidas en el artículo 7º de la Convención conlleva a una violación de la libertad en su sentido más amplio -o regla general-, porque la falta de dichas garantías origina la desprotección del derecho a la libertad⁸⁰.

⁷⁹ *Ibídem*, párr. 52

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia del 6 de mayo de 2008, párr. 91

Por último, en cuanto a la naturaleza y alcance de la libertad en la jurisprudencia de la CIDH, se entiende que este derecho también implica la posibilidad de autodeterminación de la persona. En efecto, si la libertad se encuentra asociada con la capacidad de hacer o no hacer, ello significa que vincula las decisiones de la persona para organizar su vida conforme a aquello que valora, brindando sentido a su existencia⁸¹.

La CIDH además de interpretar el alcance del artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos, también se ha referido a otros tópicos relacionados con el derecho a la libertad, uno de estos la legalidad de la privación de la libertad, garantía contenida en el artículo 7.2 del instrumento internacional en cuestión. Lo primero que se debe destacar es que se faculta la privación de la libertad como regla excepcional, pero ello implica el cumplimiento de unos requisitos, unos de naturaleza material y otros de naturaleza formal. El aspecto material se encuentra asociado a la regla de que sólo es posible privarse de la libertad a una persona por las causas, casos o circunstancias que se han tipificado en la Ley, es decir, no resulta aceptable que se prive de la libertad a una persona por eventos no consagrados de manera taxativa y específica en la legislación. Y el aspecto formal implica que la privación de la libertad para que no sea arbitraria o ilegal debe efectuarse en coherencia con los procedimientos definidos por la misma Ley⁸². Uno de estos requisitos lo configura la orden judicial de autoridad competente, aplicable en todos los casos excepto tratándose de delitos en flagrancia. En varias sentencias la CIDH ha expresado que se trata de una regla que debe ser aplicada y se traduce en que toda detención debe tener su origen de órdenes judiciales derivadas de tribunales o jueces con jurisdicción y competencia. Valga aclararse, respecto de la captura en flagrancia, que la CIDH señala la necesidad de “un control

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 129

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 47

judicial inmediato de dicha detención, como medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de la medida”⁸³.

Respecto del tiempo de la detención, la CIDH explica en una de sus sentencias que así se trate de un periodo breve o una demora, aunque sea para cuestiones de identificación, configura una privación de la libertad física y una limitación al derecho consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁴. Por lo anterior, un requisito formal es el tiempo razonable de la detención, lo que supone que toda persona detenida debe ser puesta a la brevedad posible ante la autoridad judicial para que revise su caso, determine la legalidad de la detención y se adelante el juicio respectivo. Esto lo resume en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*:

La Corte estima que si bien es cierto que los hechos señalados en la demanda, en cuanto a que Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera fueron detenidos sin mediar orden judicial ni haber sido encontrados en flagrante delito, no fueron desvirtuados por el Estado, también lo es que la propia Constitución peruana exceptuaba de esta regla los casos de terrorismo. Por otra parte, y en lo que respecta al período de detención de los imputados, conviene observar que el precepto constitucional citado sólo autorizaba la detención por un término no mayor de 15 días con obligación de dar cuenta al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional competente. Como se ha precisado anteriormente [...], el señor Durand Ugarte fue puesto a disposición del órgano jurisdiccional competente el 4 de marzo de 1986, es decir, 18 días después de la detención, y el señor Ugarte Rivera ese mismo día, esto es, 17 días después de la detención, en ambos casos luego de transcurrido el término de 15 días permitido por la Constitución Política del Perú y, en consecuencia, en violación del artículo 7.5 de la Convención⁸⁵.

La CIDH ha señalado que el artículo 7º de la Convención protege de manera especial la libertad física de las personas, y dada la importancia de este derecho, se establece la reserva de Ley como único mecanismo para restringir o limitar este mismo derecho. También describe el tribunal que la reserva de Ley debe respetar

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 1º de febrero de 2006, párr. 64

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia del 23 de noviembre de 2011.

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Sentencia del 16 de agosto de 2000.

el principio de tipicidad, lo que conlleva a exigir que se establezca de manera clara, precisa y concreta, y de manera previa, las causas, condiciones y procedimientos para la privación de la libertad, por lo que el desconocimiento de cualquier norma interna relacionada con la misma genera la ilegalidad de la detención⁸⁶.

También resulta perentorio destacarse otro conjunto de requisitos formales que se desprenden de la lectura del artículo 7º de la Convención Americana conforme a la interpretación de la CIDH. En el Caso *García y Familiares vs. Guatemala*, el Tribunal expresa que toda restricción al derecho de la libertad personal debe cumplir con el aspecto material, esto es, opera conforme a las causas y condiciones que se han fijado en el ordenamiento interno -Constituciones Políticas y Leyes-, pero así mismo, ceñirse a procedimientos previamente establecidos entre los que se encuentran el debido registro, la identificación de las causas de la detención, nombres de quienes realizan la detención, fecha y hora de la misma así como de la puesta en libertad, verificación de aviso al juez⁸⁷. Estas mismas reglas deben cumplirse en centros de detención policial⁸⁸.

La presunción de inocencia en la jurisprudencia de la CIDH

La CIDH también se ha referido a la presunción de inocencia en varias oportunidades a través de su jurisprudencia. En el Caso *Rosendu Cantú vs. México*⁸⁹, la CIDH señaló que la presunción de inocencia constituye un derecho, un principio y una garantía judicial, el cual se traduce en que la persona procesada “no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus*

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 57

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *García y Familiares Vs. Guatemala*. Sentencia del 29 noviembre de 2012, párr. 100

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *J. vs. Perú*. Sentencia del 27 de noviembre de 2013, párr. 152

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Resondu Cantú vs. México*. Sentencia del 15 de mayo de 2011, párr. 33

probandi corresponde a quien acusa”. En otros términos, y dada la capacidad del Estado, le corresponde a este probar la responsabilidad penal del individuo. Del mismo modo, esta garantía implica que la persona debe ser tratada como inocente y no ser condenada hasta que se demuestre su responsabilidad penal en un juicio con todas las garantías judiciales.

Para la CIDH la presunción de inocencia es un principio elemental y fundamental para que se garantice otro tipo de reglas propias del debido proceso, como la efectiva defensa del procesado tanto técnica como material. Así mismo, no resulta coherente ni legal bajo el principio de la presunción de inocencia que alguna decisión judicial previa a la sentencia condenatoria, refleje la opinión de culpabilidad sobre la persona⁹⁰.

La medida de aseguramiento de detención preventiva en la jurisprudencia de la CIDH

En relación al artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos - garantía de no arbitrariedad en la privación de la libertad-, la CIDH ha señalado en su jurisprudencia al menos dos aspectos que integran el mencionado derecho, uno de ellos relacionados con la detención preventiva. El Tribunal describe que la norma de la Convención citada permite a todas las personas a no ser sometidas a detenciones arbitrarias o ilegales, esto es, sin el cumplimiento de los aspectos materiales y formales ya señalados con anterioridad. Pero así mismo, indica que la norma en mención supone que nadie puede ser detenido bajo métodos que no sean compatibles con los Derechos Humanos, ya sea porque resultan irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad⁹¹. Esto es aplicable a toda forma de detención, incluyendo la preventiva.

⁹⁰ *Ibídem*.

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 47

En otra jurisprudencia, la CIDH ha expresado que la decisión de limitar la libertad personal de todo individuo debe estar debidamente fundamentada, esto es, un sustento jurídico razonado sobre la procedencia de la medida a imponer y las razones que motivan su aplicación. En palabras de la CIDH se debe observar y considerar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad⁹². Así mismo, establece que la detención preventiva además de ceñirse a los criterios mencionados, debe “existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia”⁹³. Con ello, la CIDH reconoce que en todo caso se debe acreditar cualquiera de los requisitos mencionados, esto es, indicios suficientes, razonables e inequívocos que infieran la culpabilidad, la posibilidad que la persona no eludirá a la justicia o que afectará la acción de las autoridades judiciales y de investigación.

Para la CIDH la prisión preventiva configura la medida más severa que se puede imponer a una persona en menoscabo de su derecho fundamental a la libertad, y en esa medida, debe ser tratada por los Estados como una medida excepcional, pues la regla general supone que el procesado debe estar en libertad mientras que se adelanta el proceso de responsabilidad penal. Por ello, la CIDH anota que dicha medida debe estar “limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”⁹⁴. Así mismo, en esta sentencia establece la Corte que la proporcionalidad es el resultado de un juicio en el que se valoran la medida a aplicar, los elementos de convicción que permite adoptarla y los hechos investigados, y en ausencia de proporcionalidad,

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 216

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia del 21 de septiembre de 2006, párr. 90

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 1º de febrero de 2006.

la medida resulta arbitraria, y en consecuencia, violatoria del artículo 7º de la Convención Americana.

Ahora bien, aunque la CIDH ha establecido que se requiere para la detención preventiva que se cumplan con los aspectos materiales y formales previstos, no basta con que se incorporen estos a las legislaciones de manera previa. Para la CIDH se requiere que las normas internas se encuentren en coherencia y armonía con la misma Convención Americana, por lo que se requiere el control de convencionalidad. En el Caso Yvon Neptune vs. Haití⁹⁵ la CIDH destaca un conjunto de criterios que deben respetarse en materia de detención:

1. La finalidad de la medida debe ser legítima, lo que se traduce en asegurar que el detenido no impedirá el buen desarrollo del proceso o eluda la justicia.
2. Las medidas deben ser idóneas, coherentes y compatibles con el fin que se persigue.
3. La medida debe ser necesaria, es decir, indispensable para asegurar el fin legítimo. Esto también supone que no debe existir una medida menos gravosa respecto del derecho que se limita. Sobre esto, la CIDH ha expresado en otro de sus pronunciamientos que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”⁹⁶.
4. Las medidas deben ser proporcionales, a fin de no sacrificar de manera desmedida el derecho fundamental de la libertad.
5. La medida debe tener una motivación suficiente, de lo contrario acarrea una violación del artículo 7º de la Convención Americana.

⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia del 6 de mayo de 2008, párr. 98

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 1º de febrero de 2006, párr. 69

En otra de sus jurisprudencias, la CIDH pone de manifiesto otro tipo de características que debe tener la medida de detención preventiva⁹⁷. La primera de ellas es que la detención preventiva no es una medida punitiva, sino una medida cautelar. En palabras de la CIDH: “debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena”. En segundo lugar, la detención preventiva debe contar con fundamentos probatorios suficientes y concretos, lo que supone que debe darse de forma previa un proceso de investigación serio que permita inferir la culpabilidad de la persona. Sobre este punto manifiesta la Corte:

Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

Y por último, la detención preventiva como medida cautelar debe estar sujeta a una revisión periódica. Esto significa que deben revisarse de manera permanente las razones que dieron lugar a la adopción de la medida, y ello por cuanto la misma no puede prolongarse de manera indefinida. En otras palabras, se debe reconocer que aún se encuentra vigente la finalidad de asegurar el buen desarrollo de las investigaciones o la comparecencia de la persona frente a la justicia. Así mismo, para la Corte no se requiere que el juez llegue a sentencia de fondo para declarar la libertad de la persona detenida de forma preventiva, pues se encuentra en la obligación de valorar periódicamente si las causas persisten para reconocer la necesidad y proporcionalidad de la medida: “en cualquier momento en que aparezca

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 311

que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe”.

3.2.4. La compatibilidad de la medida de aseguramiento de detención preventiva con la presunción de inocencia en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia

Para presentar la compatibilidad de la medida de detención preventiva con la presunción de inocencia se abordan algunas sentencias de la Corte Constitucional (C-205/2003, T-057/2006, C-318/2008, C-425/2008, C-398/2011, C-289/2012) en las que dicha Corporación abordan y estudian la detención preventiva y la presunción de inocencia. Respecto de la detención preventiva, la Corte Constitucional se planteado en constantes oportunidades si la presunción de inocencia como derecho del imputado se vulnera al decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva. Así como la CIDH ha dedicado parte de su labor a resolver este dilema, también la Corte Constitucional ha intentado despejar las cuestiones que se derivan de este fenómeno. Por tanto, se trata de un tema de interés global y regional para el Derecho, pues se trata de un asunto de Derechos Humanos.

En las diferentes oportunidades, la Corte Constitucional explora el derecho a la libertad, las circunstancias que conllevan a decretar la medida de detención preventiva, la naturaleza y alcance de la presunción de inocencia, la razonabilidad y proporcionalidad aplicada a la medida de aseguramiento de detención preventiva, y los requisitos formales y sustanciales de dicha medida. De estos análisis jurídicos, la Corte ha descrito que la detención preventiva es una medida que ostenta las características de cautelar, personal y provisional, adoptada por juez con competencia en el transcurso del proceso penal en su etapa preliminar, y que tiene por objetivo la realización de los fines del Estado y el cumplimiento de los derechos y deberes constitucionales: “consiste en asegurar el cumplimiento de las decisiones

que se adoptan en el proceso y garantizar la presencia del sindicado en el mismo para que sea más efectiva, de una parte, la investigación y el juzgamiento y, de otra, los derechos de las víctimas”⁹⁸.

En la misma sentencia señalada, y reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-289 de 2012⁹⁹ y por otros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁰, se expresa que la detención preventiva “tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito ni a ejemplarizar, sino que su finalidad es puramente procesal y asegurar el resultado exitoso del proceso penal”. En otros términos, el periodo de vigencia de la medida de aseguramiento ha sido uno de los problemas jurídicos de mayor tratamiento en relación con esta figura, y sobre ello se ha dejado establecido que la misma no puede perpetuarse. Por el contrario, debe ser temporal ya que su objeto no es el cumplimiento de ninguna de las finalidades de la pena -sancionar, resocializar, prevenir-, sino lograr el éxito y adecuado desarrollo del proceso penal. Este tema es de suma importancia, pues dentro del mismo se puede ubicar la confrontación entre medida de aseguramiento de detención preventiva y derecho/principio de presunción de inocencia.

De este modo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido uniforme en señalar que la institución jurídica de la detención preventiva es coherente con la Constitución Política, y en consecuencia, no vulnera la presunción de inocencia. En cuanto a la detención preventiva, expresa el Alto Tribunal que:

En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena. El artículo 28 alude a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-289 del 18 de abril de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 49734 (AP4711-2017) del 24 de julio de 2017. M.P.

ley. A la segunda se refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso.¹⁰¹

Y de manera específica en reciente jurisprudencia, la Corte Constitucional ha afirmado que para esta Corporación ha sido prioritaria la reflexión que merece el binomio medida de aseguramiento y presunción de inocencia. En virtud de ello, la naturaleza de la medida de aseguramiento no vulnera la presunción de inocencia, y son estas particularidades de la figura de la detención preventiva la que permite señalar que no se trata de una institución que atenta contra el derecho constitucional mencionado.

[...] la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva y que, en consecuencia resolución de acusación no impone una sanción al imputado, ni define el proceso penal, sino que la definición del proceso penal apenas tiene lugar cuando se dicta sentencia y, más concretamente, cuando la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada, no antes.¹⁰²

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, se tiene que no hay un choque entre la medida de detención preventiva y la presunción de inocencia, pues dichas medidas por sus particulares características no son penas ni sanciones específicas. En efecto, lo que se prohíbe es la imposición de una pena sin que se den todas las garantías, un debido proceso y un juicio en donde se venza al acusado, es decir, un tratamiento de culpabilidad sin que se desarrolle todo el proceso de penal de manera íntegra, pues la persona se presume inocente hasta la sentencia que de paso a cosa juzgada. En consecuencia, “la persona sigue gozando

¹⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-106 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-827 del 10 de agosto de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

de la presunción de inocencia mientras no se pruebe su responsabilidad”¹⁰³, así se decretara medida de aseguramiento de detención preventiva.

3.3. CAPÍTULO III. Requisitos materiales y formales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva desde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina

En el presente apartado se brinda respuesta al tercer objetivo específico de la investigación. Se analizan de manera pormenorizada y detallada cada uno de los requisitos establecidos para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en el contexto colombiano. En este espacio se efectúa un análisis crítico con apoyo de la doctrina y la jurisprudencia de los elementos esenciales que componen los requisitos de la medida de aseguramiento de detención preventiva, en otras palabras, el alcance y la naturaleza de cada una de estas exigencias.

Antes de empezar el análisis respectivo, valga hacer una aclaración conceptual en cuanto a lo que se entiende por requisitos materiales y requisitos formales de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Para ello, basta con revisar la Sentencia C-774 de 2001 donde la Corte Constitucional¹⁰⁴ explica que a partir del principio de legalidad, las medidas de aseguramiento deben estar enmarcadas en exigencias estrictas, siendo estas, los requisitos formales y los requisitos materiales. Los formales se refieren a la obligación de que la medida sea adoptada mediante providencia que contenga hechos investigados, calificación jurídica y elementos probatorios que soportan la decisión. Y por otro lado, los materiales o sustanciales se relacionan con la existencia del indicio grave de responsabilidad. Valga señalar que este pronunciamiento se hizo bajo la vigencia del anterior Código de

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-331 del 4 de mayo de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000). En el marco de la Ley 906 de 2004 sería la inferencia razonable de que el imputado es autor o participe de la conducta delictiva que se investiga conforme a los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida.

3.3.1. Los requisitos materiales y formales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva: análisis general desde la doctrina y la legislación

La imposición de la medida de aseguramiento de privación de la libertad exige del cumplimiento de un conjunto de requisitos, exigencias que pueden ser ubicadas desde la misma Constitución Política de 1991, la ley sustancial y la normatividad procedimental. Cassel¹⁰⁵ describe que los requisitos para la imposición de la medida de detención preventiva merece un control judicial efectivo y desde los requisitos establecidos por los instrumentos internacionales y la legislación se puede lograr dicho fin. Destaca el artículo 7º de la Convención Americana y el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas como compendio de criterios que conllevan a la protección del derecho a la libertad personal frente a la medida de detención preventiva. El autor identifica doce criterios que se pueden extraer de estos instrumentos para la aplicación de la medida de detención preventiva, aunque aclara que hay otros criterios que se pueden extraer:

- a. Garantizar el derecho a libertad, obligación que se encuentra en cabeza del Estado a través de acciones efectivas para proteger este derecho fundamental, pero se abstiene a evitar acciones que conlleven a la violación de este derecho.
- b. Sólo procede por las causas establecidas en el ordenamiento jurídico, siendo prohibida toda aquella causa que viole el principio de legalidad.

¹⁰⁵ CASSEL, Douglas. El derecho Internacional de los Derechos Humanos y la detención preventiva. Ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica - 29 de agosto de 1995.

- c. Se requiere que la imposición de la medida preventiva cumpla con los procedimientos y las condiciones: “Estas disposiciones efectivamente elevan cualquier violación de ley nacional sobre detención preventiva -sea elemento formal o material- al nivel de una violación internacional”.
- d. La imposición de la medida de detención preventiva no puede ser arbitraria, es decir, bajo condiciones o procedimientos no compatibles con los instrumentos internacionales -“irrazonables, imprevisibles, o faltas de proporcionalidad”-.
- e. Las razones para la imposición de la medida de aseguramiento deben ser informadas a la persona investigada y procesada. Esto se relaciona con la información que se debe brindar en cuanto a los hechos objeto de indagación.
- f. Además de informarse sobre los hechos, el detenido en prevención debe ser informado del cargo que se formula en su contra.
- g. Disponer a la persona frente a juez competente sin demoras, lo cual implica dos formalidades: 1. Que el conocimiento del caso y la medida sea impuesta por autoridad competente, y 2. Que se mantenga durante un tiempo límite, prudencial y razonable, pues en algunos casos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sancionado a los Estados por privar de la libertad a personas durante 5 o 10 días (caso Terán Iijón vs. Ecuador de 1992 y caso Fillastre vs. Bolivia, 1991).
- h. La medida de aseguramiento obliga a que el Estado disponga de manera pronta a la persona detenida para que sea juzgada con todas las garantías fundamentales: “las demoras en juzgar al detenido no se justifican por el hecho de que la investigación se hace por escrito, o por limitaciones presupuestarias”.
- i. La medida de detención preventiva debe ser interpretada como mecanismo excepcional y no como regla general. A nivel regional e internacional, este criterio suele no ser reconocido y manifestarse en el

porcentaje de personas reclusas en centros penitenciarios sin ser juzgadas.

- j. Frente a la medida de detención preventiva, toda persona tiene derecho a contar con recursos para que su situación se decida sin demoras y a la menor brevedad posible.
- k. No es aplicable por casos de deudas, siendo violatoria de los instrumentos internacionales la imposición de la medida de aseguramiento por motivo de la capacidad de pago de una persona.
- l. Frente a detenciones arbitrarias e ilegales, las personas tienen derecho a ser reparadas.

Por su parte, Cruz Bolívar¹⁰⁶ expresa que la medida de detención preventiva debe estar en coherencia con el principio de proporcionalidad constitucional, los elementos que se describen en la legislación y las reglas desarrolladas desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues se requiere una protección adecuada del derecho a la libertad, pero así mismo la satisfacción de aquellas necesidades de justicia que reclama la sociedad y que sólo es posible mediante la aplicación de la política criminal.

En cuanto a Londoño Berrio¹⁰⁷, la detención preventiva configura una regla excepcional que al ser interpretada como tal se respeta el principio de inocencia y se reducen los riesgos que conlleven a la violación del derecho fundamental a la libertad. Así mismo, destaca que esta interpretación promueve que las medidas cautelares de carácter personal sean impuesta con condiciones y cumplimiento de los fines constitucionales, convirtiéndose en mecanismo optativo. Destaca además el autor que la detención preventiva desde la visión tanto de la Corte Constitucional

¹⁰⁶ CRUZ BOLÍVAR, Leonardo Fabián. Fundamento de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2012, no. 33, p. 69.

¹⁰⁷ LONDOÑO BERRIO, Hernando León. La detención preventiva en las Jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Reflexiones a propósito de la sentencia C-774 de 2001. Nuevo Foro Penal, 2003, no 65, p. 189-270.

como de la Corte Suprema de Justicia, “no comporta un trato ilegítimo del procesado, ni constituye una trasgresión del derecho fundamental de la presunción de inocencia”. Pero se destaca que el ente acusador y el juez deben valorar de manera detenida y profunda cada caso a la luz de los requisitos formales y sustanciales, y a la posibilidad de aplicar otro conjunto de medidas también válidas y que pueden ser suficientes. Por último, este autor expresa que las restricciones sobre el derecho a la libertad obliga a la observancia cuidadosa de dos criterios: por un lado, se debe satisfacer los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y por otro, tratamiento de la medida desde su naturaleza excepcional con definición clara, precisa e inequívoca en la ley y satisfaciendo el principio de *ultima ratio*.

Explica Llobet Rodríguez¹⁰⁸ que es normal que se reconozcan un conjunto de requisitos materiales para la medida de detención o prisión preventiva, entre estos: “a) probabilidad de la responsabilidad del imputado, b) existencia de una causal de prisión preventiva y c) respeto al principio de proporcionalidad”. El autor destaca que uno de los puntos de mayor discusión y polarización en cuanto a requisitos materiales de la detención preventiva se encuentra fundamentada en la probabilidad de responsabilidad penal, llegando a ser catalogado como un requisito que es absurdo por la dificultad que puede acarrear su análisis y determinación.

Ahora bien, dentro de la Carta Política, los artículos 28 y 29 describen un conjunto de requisitos que pueden ser calificados como formales de las medidas de aseguramiento, y constituyen presupuestos obligatorios, además de servir como marco interpretativo de las normas legales que reglamentan la institución jurídica mencionada y de brindar estructura legal. Los requisitos que se desprenden de las normas constitucionales son:

¹⁰⁸ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. IUS, 2009, no. 24, pp. 114-148.

- a. La detención debe ser dada por decreto de una autoridad judicial.
- b. Se debe estar en un proceso de investigación.
- c. Sólo debe ser de manera provisional o temporal.
- d. Debe estar sometida a parámetros estrictos.
- e. Su finalidad debe ser fundamentadas en la Carta Política.

De acuerdo a la Constitución, toda medida de aseguramiento a fin de ser implementada, debe reunir un conjunto de presupuestos. En el artículo 250 numeral 1º se indica: “Solicitar al juez [...], las medidas necesarias que aseguren [...], la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas”. Como se observa, la norma señalada muestra varios elementos de trascendencia en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento. Primero, se debe solicitar ante el juez, lo que significa que se trata de una medida que goza de reserva judicial. Además de ello, implica que el ente acusador no puede imponer esta clase de medidas, previniendo un desbordamiento del poder, y por tanto, una mayor seguridad para el procesado. Segundo, se expresa que se adoptaran las medidas que son necesarias, por lo que no son excluyentes las unas de las otras. Así mismo, se infiere que hay una jerarquía de fondo siendo las no privativas de la libertad aquellas que deben aplicarse en primer lugar, y de resultar insuficientes, las de naturaleza privativa. Por último, se describen tres supuestos sobre los cuales se aplica la medida de aseguramiento: asegurar la comparecencia del procesado, conservar la prueba y proteger a la comunidad y las víctimas.

Ahora bien, desde el punto de vista procedimental, la Ley 906 de 2004 en su artículo 308 contempla un conjunto de exigencias de la medida de aseguramiento. Dicho artículo señala: “El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la

información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga [...]”.

La norma citada muestra varios aspectos, algunos ya resaltados, otros que requieren un mayor tratamiento. Se insiste en la reserva judicial de la que goza la medida de aseguramiento, es decir, sólo el Juez de Control de Garantías puede imponerlo, y sólo si media la petición del ente acusador. Por otro lado, los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogida o información obtenida legalmente, deben apuntar que el procesado tiene una alta probabilidad de ser autor o partícipe de la conducta que se investiga. Se trata de un requisito fundamental, pues las pruebas hasta ahora recolectadas deben llevar a un nivel de convencimiento sobre la posible vinculación del procesado con el delito, esto es, la calificación jurídica provisional que hace la fiscalía.

Pero así mismo, además de la probabilidad, la necesidad se convierte en un elemento central de análisis. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁹ ha señalado que su jurisprudencia ha mantenido la posición de que al imponer la medida de aseguramiento se debe valorar la necesidad de la misma, la cual puede extraerse del análisis de “la gravedad de la conducta para verificar el peligro sobre la comunidad y lo concerniente con las posibilidades de que el procesado pueda continuar con la actividad delictiva, entorpecer la labor probatoria o emprender acciones para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes en la instrucción, lo cual, en el caso concreto se concibe necesario como mecanismo de protección de la comunidad”. En otras palabras, la gravedad de la conducta constituye un elemento esencial para que se respete los bienes jurídicos fundamentales. Por ello señala la Corte Suprema de Justicia en otra de sus sentencias:

Por lo tanto, la simetría entre pena y conducta es un buen criterio para explicar

¹⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 35961 del 23 de noviembre de 2016.

la gravedad de la misma, debido a que considerando distintas modalidades de afección a la seguridad pública, el legislador estimó al definir el delito de concierto para delinquir que la lesividad se magnifica por el riesgo que implican los acuerdos que se dirigen a promocionar grupos armados al margen de la ley¹¹⁰.

De acuerdo a la anterior, la necesidad para la imposición de la medida de aseguramiento puede integrar múltiples factores o elementos que ofrecen perspectivas de análisis, y uno de estos es la gravedad de la conducta que al ponerla en el escenario de reflexión puede ofrecer fundamento a la necesidad que requiere la medida de detención preventiva.

Ahora bien, una vez cumplido esta condición previa -probabilidad y necesidad-, se debe contar con alguno de los tres requisitos que a continuación se describen en el mismo artículo 308:

[...] siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

En relación a lo anterior, mediante sentencia C-456 de 2006¹¹¹, la Corte Constitucional reitero que:

El Código de Procedimiento Penal consagra en el artículo 308 los requisitos para decretar la medida de aseguramiento restrictiva o no de la libertad, en razón de su necesidad y procedencia, los cuales se convierten en imperativo constitucional, en la medida en que el artículo 250 del Ordenamiento Superior, reformado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002 los consagra también, así: (i) evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, bien sea mediante la destrucción de las pruebas o la amenaza de testigos; (ii)

¹¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso 27267 del 2 de febrero de 2011.

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456, Junio 7 de 2006, expediente D-6018. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o que (iii) el imputado no comparecerá al proceso. Además el juez deberá tener en cuenta para decretar la medida, la probabilidad que la personas sea autor o partícipe del hecho que se le imputa, en concordancia con los elementos materiales probatorios y la evidencia física recogida o de la información obtenida legalmente.

Y por su parte, la Corte Suprema de Justicia¹¹² explica que la libertad personal solo puede ser afectada por pena punitiva impuesta, aunque de manera excepcional, accesoria y cautelar con cumplimiento de criterios como adecuación, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Así mismo, explica que hay unas finalidades procesales como aseguramiento de la comparecencia y conservación de la prueba, protección a la comunidad, y especialmente de las víctimas, y aseguramiento del cumplimiento de la pena:

De ahí que la articulación del derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas con las limitaciones propias que legitiman la restricción cautelar de la libertad, permitan afirmar, por una parte, la existencia de una *garantía fundamental* a ser investigado y procesado dentro de términos razonables; y, por otra, el *derecho humano* a ser dejado en libertad si se es procesado en detención y se traspasan los límites del plazo razonable.

Los requisitos se desprenden de la misma Carta Política y su artículo 250 ya descrito. Los requisitos señalados son excluyentes, es decir, se puede presentar tan sólo uno para que se pueda imponer la medida de aseguramiento. En primer lugar, se tiene que la medida de aseguramiento debe ser necesaria para evitar que el procesado obstruya la justicia, es decir, se exige demostrar que el individuo goza de un poder que puede interrumpir o limitar la actividad tanto del ente que juzga como el ente que investiga y acusa. Este tema aparece descrito en el artículo 309 de la Ley 906 de 2004:

Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos

¹¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 49734 del 24 de julio de 2017.

graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

En el artículo 309 se define un conjunto de acciones que pueden considerarse como obstrucción de la justicia. Se dividen en tres clases: 1. Obstrucción de la justicia desde las pruebas, 2. Obstrucción de la justicia desde personas asociadas al proceso y terceros, y 3. Obstrucción de la justicia desde los actos de investigación.

En segundo lugar, se tiene que el procesado constituya un peligro para la comunidad o las víctimas. Esto significa que existen razones fundadas para considerar que el imputado puede cometer otros actos punibles vulnerando bienes jurídicamente tutelables. El artículo 310 de la Ley 906 de 2004 describe el peligro para la comunidad de la siguiente forma:

Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

Varios aspectos se destacan dentro de este artículo. Por un lado, se enfatiza que el delito debe gozar de gravedad, así como la pena atribuible. Sin embargo, se reconoce ya que basta que el delito sea sancionado por un tiempo igual o superior a cuatro años. En cuanto al peligro, de manera estricta, se deben analizar diferentes circunstancias como que se continúe con la actividad delictiva, y por ello, se revisa la vinculación con bandas criminales. Así mismo, se considera el número de delitos

y la naturaleza de los mismos, como la modalidad del hecho -doloso o preterintencional-. Por último, sí el procesado tiene sobre él otras sentencias condenatorias. Sobre estas circunstancias asociadas con el peligro de la comunidad, la Corte Constitucional se pronunció mediante sentencia C-496 de 2016¹¹³.

Por su parte, el artículo 310 se refiere al peligro de la víctima: “Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes”. De acuerdo a lo anterior, no basta que la vida de la víctima se encuentre en riesgo, pues la norma es amplia al expresar que puede presentarse cualquier tipo de daño sobre la víctima, su familia o sus bienes.

En tercer lugar, se encuentra el requisito sobre la comparecencia del imputado. La medida de aseguramiento puede aplicarse para evitar la fuga o evasión del procesado a la justicia o al cumplimiento de la sentencia. El artículo 312 describe este punto en el siguiente sentido:

Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

Conforme a lo señalado en la norma, la no comparecencia también se vislumbra, en primer lugar, desde la gravedad de las conductas punibles y las penas a imponer,

¹¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 del 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

además de la falta de arraigo que tenga el procesado con la comunidad donde se encuentra su domicilio, la familia y sus negocios, las posibilidades que tenga para abandonar el país u ocultarse, la actitud que asume el imputado, y el comportamiento que muestra frente a su voluntad de ajustarse a lo que disponga la justicia.

Sobre los presupuestos materiales para la aplicación de la detención preventiva hasta el momento señalados, la Corte Suprema de Justicia ha indicado en su jurisprudencia que estos requisitos materiales son formas de condicionamiento:

[...] la aplicación de la detención preventiva está condicionada a la verificación -concurrente, no alternativa- de los mismos presupuestos *materiales*, a saber: Por una parte, el denominado estado de sospecha fundada, constituido por la acreditación de la materialidad del delito y por la probable atribución de responsabilidad al imputado; por otra, el concerniente a la urgencia de conjurar los riesgos que la libertad del imputado representan para la comunidad o las víctimas y para la indemnidad del proceso penal (riesgos de fuga o de obstrucción probatoria)¹¹⁴.

Como se observa, el legislativo a través del ordenamiento jurídico ha buscado brindar claridad sobre los requisitos formales que se exigen para imponer la medida de aseguramiento. Ello indica al menos dos aspectos claves: 1. La regulación de las medidas de aseguramiento debe ser clara y precisa, a fin de que su aplicación sea lo más ajustada a la realidad y las exigencias constitucionales, y 2. Se requiere de un verdadero análisis del caso, las pruebas aportadas, la actitud del procesado, los medios con los que cuenta el imputado, los antecedentes que se tienen, entre muchas otras.

Para solicitar una medida de aseguramiento la fiscalía debe elevar petición ante el juez sobre la persona señalada, el delito por el cual se le juzga, las pruebas y la

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso AP4711-2017 del 24 de julio de 2017.

necesidad que se tiene para que se aplique la medida. Luego de que el Juez atienda a las peticiones del fiscal y de por significativas las pruebas presentadas se prosigue con la medida de aseguramiento para con el señalado. Es importante recalcar que las pruebas presentadas hacia el imputado tienen que generar un cierto convencimiento sobre su responsabilidad.

Se refiere a que acto se realizó, cómo se realizó y cuál es el objeto de regulación de la norma. Establece lo que es posible hacer jurídicamente. De igual manera la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida. Suele vincularse a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emanan.

Que la solicitud haya sido emitida por el fiscal del caso corresponde a un requisito aplicado como regla general, y debe ser interpretado desde las mismas funciones que tiene la Fiscalía desde el punto de vista social y político. En efecto, el fiscal determinará con conciencia crítica y proporcionada si es necesaria la diligencia de cara a los derechos fundamentales que estén en juego.

Ahora bien, se debe considerar los requisitos propios para la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Estos se encuentran incorporados dentro del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, y allí se expresa que una vez reunidos los requisitos del artículo 308, la detención preventiva aplica para cuatro casos específicos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

Un último punto que debe considerarse está relacionado con el tiempo permitido para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva en Colombia, el cual no puede exceder de un año. Para ello, resulta pertinente referirse a la Ley 1786 de 2016¹¹⁵ que entró en vigor en julio de 2017 y a través de la cual se modifica algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015. En su artículo 1º modificador del artículo 307 de la Ley 906 de 2004 se expresa:

[...] el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo.

Con esta norma, se delimita aún más la medida de detención preventiva brindando protección y seguridad jurídica frente al catálogo de derechos humanos relacionados con esta medida excepcional. Para la Corte Suprema de Justicia¹¹⁶ el objetivo de la norma es “reforzar el uso excepcional de la medida de aseguramiento en el proceso penal, mediante introducción de límites materiales a la imposición de la prisión preventiva y la fijación de términos máximos de duración, tanto en cada

¹¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1786 del 1º de julio de 2017. Diario Oficial No. 49-970, del 19 de agosto de 2016.

¹¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Radicado No. 94.564 del 18 de octubre de 2017.

una de las fases del proceso (art. 317 nums. 4 al 6 de la Ley 906 de 2004), como en general para todo el trámite”.

3.3.2. Descripción específica de los requisitos formales y materiales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en Colombia

3.3.2.1. Requisito 1. En virtud de mandamiento escrito por autoridad judicial competente: la reserva judicial

Se trata del requisito más esencial para limitar el derecho a la libertad física de una persona y se encuentra consignado en el artículo 28 de la Constitución Política de 1991. Se traduce en que sólo puede detenerse a una persona si así lo dispone una autoridad judicial competente, y a través de mandato o decisión escrita. Al menos se reconocen dos elementos estructurales de esta norma. Por un lado, la medida de aseguramiento de detención preventiva goza de reserva judicial, por lo que no es posible que otra autoridad pueda imponer límites a la libertad física de una persona. Así mismo, se prevé que dicha autoridad judicial debe ser competente, es decir, el ordenamiento jurídico debe haber otorgado la facultad de imponer medida de aseguramiento pues no toda autoridad judicial lo puede hacer. Y por otro lado, sugiere que se debe realizar a través de mandato escrito o decisión escrita, una formalidad que implica el registro de la actividad judicial.

Al respecto, vale la pena extraer las interpretaciones de la Corte Constitucional expuestas en las sentencias C-730 de 2005¹¹⁷ y C-366 de 2014¹¹⁸. La Corte recordó que las reformas al ordenamiento jurídico llevo a mantener la Fiscalía dentro del poder judicial, pero creando la figura del Juez con funciones de control de garantías. Este Juez se caracteriza por ser una autoridad de naturaleza judicial independiente,

¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-730 del 12 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 del 11 de junio de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

al no encontrarse supeditado o bajo las órdenes en su actividad jurisdiccional por órgano o funcionario. Además, tiene por misión esencial velar y proteger los derechos fundamentales y la libertad personal de todas las personas que participan en el proceso en sus primeras etapas, así como las competencias de restringir las libertades y derechos a través de la imposición de medidas. Para la Corte, el Juez de Control de Garantías es la autoridad judicial que se menciona dentro del artículo 28 de la Carta Política, por cuanto le corresponde el deber de “proferir el mandato escrito y de quien se pregona la reserva judicial para restringir el derecho a la libertad de las personas”.

Por tanto, la Fiscalía a pesar de pertenecer a la rama judicial, no se encuentra facultada con jurisdicción ni competencia para limitar el derecho a la libertad de una persona, aunque excepcionalmente puede hacerlo conforme a las funciones consagradas en el artículo 250 de la Constitución Política de 1991. Pero esta potestad sólo puede ser interpretada desde la excepcionalidad, y ello significa que la regla general es que el Juez de Control de Garantías es la autoridad por excelencia la que puede privar de forma preventiva la libertad de una persona.

Explica la Corte Constitucional que la reserva judicial ha sido reforzada en Colombia a partir del nuevo sistema penal impuesto en el 2002, y ello porque la regla general definida es que las medidas restrictivas de la libertad sólo pueden ser ordenadas y decretadas por el Juez de Control de Garantías, y excepcionalmente, ordenadas por la Fiscalía General, aunque las mismas se encuentran sujetas a control automático del mencionado Juez dentro de las primeras 26 horas siguientes a la captura.

La libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones precisamente porque es al juez a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien

corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene¹¹⁹.

Como se observa de la interpretación del texto anterior, el Juez de Control de Garantías cumple una función de suma importancia dentro del actual sistema penal acusatorio que se implementa en Colombia. Y no es para menos, pues el legislador le ha otorgado la potestad de defender y proteger los derechos fundamentales de los imputados y las víctimas, pero también la facultad para restringir derechos que sustentan el mismo Estado Social de Derecho defendido a lo largo del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, se observa que la actividad del Juez de Control de Garantías no goza de total libertad, aunque se caracteriza por su autonomía e independencia. En efecto, el acto de restringir la libertad de un individuo implica el respeto pleno de lo que se ha reglamentado a través de la ley para estos casos, y es allí donde tiene lugar otro de los requisitos materiales para imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva: el respeto íntegro del principio de legalidad.

3.3.2.2. Requisito 2. Con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley: el principio de legalidad

Este requisito material encuentra su fundamento en el artículo 28 la Constitución Política de 1991, así como en los diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, y que ya han sido expuestos en esta investigación. Sugiere que ninguna persona puede ser privada o limitada en su libertad si no se cumplen al menos dos requisitos que revisten el principio de legalidad: 1. Bajo formalidades legales, es decir, formas y procedimientos establecidos de manera previa en la legislación, y 2. Por los motivos que se han establecido de forma anticipada en el ordenamiento jurídico. Como se observa, el principio de legalidad conlleva a que la medida de aseguramiento se imponga con las formas y tiempos que se han

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 del 7 de junio de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

establecido en la legislación, pero también bajo las causas taxativas que se definan desde el ámbito jurídico penal.

Conforme a los pronunciamientos de la Corte Constitucional¹²⁰, se habla en este campo de estudio de una estricta legalidad para referirse a que no puede privarse o limitarse los derechos a la libertad y la presunción de inocencia de una persona, sí no se cumplen a cabalidad y de manera coherente con las formalidades y los supuestos de hecho que se describen en el ordenamiento jurídico vigente. En la sentencia C-456 de 2006, la Corte Constitucional manifiesta:

Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal¹²¹.

La cita expuesta del Tribunal Constitucional pone de manifiesto que el principio de legalidad se concreta en la definición de los elementos que estructuran las normas jurídicas, y en el caso del Derecho Penal, se materializa en todo el conjunto de normas que regulan los delitos y el proceso criminal, incluyendo la posibilidad de imponer medidas de aseguramiento, privativas y no privativas de la libertad. Es posible afirmar que la legalidad es un principio, pero también una instrumento para la seguridad jurídica pues con ello las partes ni el acusado pueden verse sorprendido con decisiones que no encajen de forma directa y estricta dentro de las normas jurídico-penales o con procedimientos violatorios de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 del 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 del 7 de junio de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Así mismo lo ha expresado la Corte Constitucional¹²² en varios de sus pronunciamientos. Ha indicado que el principio de legalidad es una garantía insustituible, importante y esencial para la protección de la libertad personal, y ello se debe a que sólo es posible limitar o afectar la libertad por lo motivos definidos y el procedimiento previamente en la Ley. Además de lo anterior, el legislador también se encuentra limitado por las disposiciones constitucionales y las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para que la privación de la libertad se haga en el marco de los postulados concordantes y bajo los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

3.3.2.3. Requisito 3. Se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Corresponde a un requisito base para que pueda imponerse la medida de aseguramiento privativa de la libertad. De forma precisa, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 menciona: “[...] cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”, puede solicitar la medida de aseguramiento el ente acusador. Lo primero que se debe señalar frente a este importante requisito es que el mismo comprende un proceso de construcción subjetiva en cabeza del Juez de Control de Garantías y con apoyo de las descripciones, los argumentos y el material probatorio, la evidencia física y la información legalmente obtenida, presentados por la Fiscalía.

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1056 del 28 de octubre de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. / CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-730 del 12 de julio de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

González Mongui¹²³ describe que “los elementos materiales probatorios y evidencia física o la información legalmente obtenida, son medios cognoscitivos que le permiten al Fiscal inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y en consecuencia podrá ordenar que se realicen algunas diligencias que están dentro de la órbita de su competencia funcional [...]”. Se observa que la inferencia razonable es un producto cognoscitivo, es decir, un proceso de cierto convencimiento sobre la autoría o participación del individuo de una actividad delictiva.

Sin embargo, no hay claridad ni precisión aún sobre cuando se entiende que hay un cierto convencimiento de que el imputado o acusado es autor o participe de la conducta delictiva que se debate. Esto mismo lo describen Sandoval Fernández y Del Villar Delgado¹²⁴ al analizar la sentencia C-1154 de 2005 de la Corte Constitucional. Para los autores, no se ha hecho un debate que permita precisar los alcances de la frase “se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga”, es decir, no hay un pleno entendimiento de cómo y cuándo el análisis de la prueba aportada en la etapa de investigación y preliminar puede llevar a que se estime la responsabilidad del individuo.

Dentro de la literatura es común encontrar posiciones diversas motivadas en la imprecisión conceptual señalada, es decir, “inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”. Y no es para menos, pues tratándose de derechos fundamentales y la libertad personal, el legislador debería ser más claro en cuanto a este requisito material. Por la misma

¹²³ GONZÁLEZ MONGUI, Pablo Elías. La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, p. 381.

¹²⁴ SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Barranquilla: Universidad del Norte / Grupo Editorial Ibáñez, 2013. p. 170

línea lo describe Vélez Osorio¹²⁵ en su libro “Otra cara del sistema acusatorio colombiano. Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal”, en donde se expresa que la Ley 906 de 2004 flexibilizó los requisitos materiales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Antes del actual Código de Procedimiento Penal se establecía como requisito material para la imposición de la medida, dos indicios graves de responsabilidad, y con la actual Ley 906 se requiere una inferencia razonable. Para el autor citado se trata de un retroceso y explica:

[...] desatiende la intención del constituyente de fortalecer las exigencias probatorias, pues, al igual que lo ocurrido respecto de la multiplicación de medidas de aseguramiento [...], el nuevo Código de Procedimiento Penal desconocía el avance, así fuera frágil, que respecto a las exigencias probatorias mínimas para la imposición de medidas de aseguramiento había introducido la Ley 600 de 2000.

Resulta obligado advertir que el artículo 356 de la mencionada ley aumentó a dos indicios graves de responsabilidad como requisitos materiales para la procedencia de la detención preventiva, lo cual implicaba una mayor exigencia en relación con el Decreto 2700 de 1991. Dicha modificación, aunque precaria de cara a la presunción de inocencia, tenía gran significado respecto a la práctica forense que había consolidado la idea de que una medida de aseguramiento no se le negaba a nadie, idea que alcanzó a crear terror en la población colombiana de la mano de la justicia espectáculo. Con todo, el incremento de las exigencias probatorias para la imposición de la medida de aseguramiento traería como resultado un mayor esfuerzo por parte de la fiscalía, que ahora no podría contentarse con la sola existencia de indicio grave de responsabilidad¹²⁶.

Es oportuno extraer varios elementos de discusión a partir del texto citado de Vélez Osorio:

1. La expresión “inferir razonablemente” resulta imprecisa, y puede llevar a que en la práctica cualquier indicio sirva como base para sustentar la imposición de la medida de aseguramiento. Se requiere de claridad semántica para

¹²⁵ VELEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano. Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia, 2012, p. 83, 84

¹²⁶ *Ibidem*, p. 84

evitar confusiones e interpretaciones equivocadas, pues la expresión objeto de debate es amplia y poco concreta.

2. La excepcionalidad de la medida de aseguramiento privativa de la libertad debe estar soportada en aspectos prácticos, por ejemplo, un número específico de indicios o algún tipo de prueba calificada. Al dejarse de manera abierta el requisito material, se potencia el riesgo de vulnerar derechos fundamentales y libertades básicas.
3. El Estado cuenta con los recursos técnicos, tecnológicos e institucionales para adelantar la investigación, y tratándose de un evidente desequilibrio entre ente acusador e imputado, resulta lógico que se busque claridad y rigidez en cuanto a los requisitos para imponer la medida de aseguramiento, en especial, de detención preventiva. En efecto, no se puede trasladar al imputado la carga probatoria que tiene el Estado y la Fiscalía debe hacer una actividad seria y profunda en términos de investigación e indagación para solicitar la medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías.
4. La expresión analizada vulnera en gran parte el debido proceso y el derecho a la defensa por cuanto la actividad del imputado y su defensor no puede hacer frente a los resultados de la investigación de la Fiscalía, esto es, la evidencia física, los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida. En efecto, el justiciable no puede acceder a estos medios de conocimiento, tan sólo en audiencia preliminar cuando ya se solicita la medida de aseguramiento, y donde no ha tenido posibilidad de ejercer algún tipo de control y oposición.
5. El éxito de la política criminal no se puede medir a través de la cantidad de medidas de aseguramiento impuestas. En efecto, se debería reflejar en la garantía efectiva de los derechos fundamentales y en una tarea cada vez

más juiciosa y profesional de la Fiscalía en su proceso de investigación, indagación y acusación.

Por último, se extrae el siguiente apartado del texto ya citado de Vélez Osorio porque es oportuno y significativo poner en discusión los argumentos que se oponen a la actual regulación jurídica de la medida de aseguramiento de detención preventiva en Colombia:

Que el nuevo estatuto procesal dispusiera la inferencia razonable como grado de conocimiento del juez, resultaba otro útil relajamiento de las exigencias para imponer medidas de aseguramiento que, aunque dejaba la libertad en precarias condiciones, facilitaba labor de la fiscalía en su lucha contra la criminalidad. No se olvide que el Fiscal Luis Camilo Osorio había advertido que la criminalidad en nuestro país se explicaba también por la baja tasa de medidas de aseguramiento, lo que significaba entonces que incrementando dicha tasa se produciría una reducción de la criminalidad¹²⁷.

De acuerdo a lo anterior, la inferencia razonable es un “grado de conocimiento del juez”, esto es, un parametro o estándar a través del cual analiza la pertinencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Pero tratándose de derechos fundamentales -libertad y presunción de inocencia-, dicho estándar para un Estado democrático y respetuoso de los Derechos Humanos debería ser mas concreto y rígido. Es precisamente sobre ello que recae la crítica del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, ya que de por sí hay fuertes cuestionamientos de quienes consideran la medida de detención preventiva es inconstitucional. Para Bula Beleño y Bula Beleño¹²⁸ la figura de la detención preventiva afecta y restringe derechos fundamentales sin justificación, siendo incompatible con la Carta Política, la presunción de inocencia, el debido proceso y la visión de un sistema penal garantista. Adicionalmente, estos autores sostienen que hay un gran debate respecto de la inferencia razonable, toda vez que en la etapa preliminar del proceso

¹²⁷ *Ibidem*, p. 88.

¹²⁸ BUÑA BELEÑO, Alfredo y BULA BELEÑO, Enith. Críticas a la constitucionalidad de la detención preventiva en Colombia. Revista Actualidad Jurídica, 2014, v. 5, pp. 9-14.

no hay pruebas, y por tanto, resulta paradójico que a partir de la evidencia física, los materiales probatorios y la información legalmente obtenida se pueda establecer algún grado de convencimiento sobre la posible participación de una persona en un hecho delictivo.

Para la Corte Constitucional¹²⁹, las medidas de aseguramiento se encuentran soportadas en indicios que llevan a inferencias razonables, más no a certezas. Y por ello, afirma que la evidencia puede llegar a ser circunstancial, pero sí de ella se puede inferir razonablemente un riesgo para el proceso, se admite la imposición de la medida de aseguramiento. Pero a su vez, describe el Tribunal Constitucional que dada la excepcionalidad y provisionalidad de las medidas de aseguramiento, al prolongarse en el tiempo la medida o cambiar las circunstancias que dieron origen a la misma, el procesado y su abogado defensor pueden someter a revisión la medida impuesta ante el Juez de Control de Garantías con los fundamentos adecuados.

3.3.2.4. Requisito 4. [...] siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

Este requisito es acumulativo al requisito 3 descrito sobre la inferencia razonable. Se trata de la primera opción que contempla el artículo 308, el cual expresa que la medida de aseguramiento solo procede cuando se pueda inferir razonablemente de la evidencia recolectada que el imputado es autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, y siempre que sea necesaria la medida para evitar que el imputado obstruya la justicia y su actividad. Por su parte, el artículo 309 del Código de

¹²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-704 del 4 de septiembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Procedimiento Penal intenta dar claridad a este requisito formal en los siguientes términos:

Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

Conforme a la norma legal transcrita, la medida de aseguramiento procede siempre que existan motivos para inferir que el procesado puede obstruir la justicia. Pero no se trata de cualquier motivo, pues se agrega que este debe ser grave y fundado. Así mismo, la norma describe un conjunto de supuestos que pueden interpretarse como obstrucción de la justicia, es decir, identifica los eventos a través de los cuales el Juez de Control de Garantías puede acceder a la solicitud de la Fiscalía de imponer la medida de aseguramiento cuando se referencie esta causal. Entre estos se encuentran: 1. Posibilidad de interferir con los elementos de pruebas a través de su destrucción, modificación, ocultamiento o falsificación, 2. Posibilidad de afectar personas relacionadas con el proceso (coimputados, testigos, peritos o terceros) induciéndolos a su favor ya sea a través de brindar falsa información o potenciar comportamientos desleales, y 3. Posibilidad de impedir o dificultar las diligencias o las labores de los funcionarios. Entonces, la obstrucción de la justicia a que se refiere el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal puede recaer sobre las pruebas, los actores procesales o los funcionarios judiciales.

La Corte Constitucional¹³⁰ ha señalado en varias oportunidades que las medidas de aseguramiento deben procurar por el logro de la justicia, principio que integra el marco axiológico del modelo de Estado definido para Colombia, así como los fines

¹³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-395 del 8 de septiembre de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

contemplados en el artículo 2º de la Carta Política. En ese sentido, la medida de aseguramiento pretende “impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción”¹³¹. En otros términos, obstruir la justicia comprende un amplio conjunto de acciones con intención de interrumpir la investigación y el proceso con el objetivo de obtener impunidad.

La misma Constitución Política de 1991 admite que hay finalidades admisibles y válidas para la detención preventiva. Por ejemplo, preservar y conservar la prueba es un fin de la detención preventiva que puede ser inferida de la lectura del numeral 4º del artículo 250 Superior, pues allí se expresa que una de las funciones de la Fiscalía es la protección de las víctimas, los testigos y los intervinientes procesales, y siendo el testimonio uno de los medios de prueba aceptados por el ordenamiento jurídico, resulta factible que se pueda solicitar medida de aseguramiento de detención preventiva para brindar seguridad a los testigos, en sí, al testimonio: “Si a dicha entidad le corresponde velar por la seguridad de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes”¹³².

Por tanto, se entiende que al existir razones fundadas de que el imputado puede afectar o limitar la recolección de pruebas y evidencia material, o interferir con algunas de las personas que hacen parte del proceso como partes o interviniente, se puede solicitar la detención preventiva como medida para evitar dicho fin. En ese sentido, se debe reconocer el nivel de poder o mando que tiene el imputado,

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-395 del 8 de septiembre de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-549 del 30 de octubre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

esto es, la posibilidad de alcance que tiene la persona para influenciar o intervenir en el correcto curso del proceso penal.

3.3.2.5. Requisito 5. [...] siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

Este requisito también es acumulativo al requisito 3 ya descrito en este apartado. Conforme al artículo 308 del Código de Procedimiento Penal se trata de una causal para que se imponga la medida de aseguramiento, y se traduce en que el imputado constituya un peligro para la seguridad o bien de la sociedad en general, o bien, y de forma específica, a la(s) víctima(s). Los artículos 310 y 311 buscan brindar claridad a esta causal describiendo, el primero, lo que significa el peligro para la sociedad o la comunidad, y el segundo, lo que se interpreta como peligro para la víctima.

En el primer caso, la norma señala:

Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

Lo principal que se observa es que sirve de criterio para establecer el peligro a la comunidad el tipo de delito y su respectiva pena. En otros términos, a mayor grado de reproche social sobre el delito, mayor la probabilidad de riesgo para la comunidad. Y esto es razonable, pues cada conducta delictiva adquiere un alcance

y una dimensión diferente respecto de la vulneración de determinados bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento legal. Además, se puede señalar que la gravedad también viene marcada por la pena a imponer, pues a mayor reproche social, más larga debe ser la pena.

Por otro lado, se expresa en la norma que se deben considerar otros factores o circunstancias que sirven de indicadores para acudir a esta causal de medida de aseguramiento de detención preventiva. Primero, la posibilidad de que la persona continúe con la actividad delictiva, es decir, perpetre más actos que encajen dentro de los tipos penales expresados en el Código Penal. O bien, que sea probable que se vincule con organizaciones criminales con el fin de seguir en actividades delictivas. Segundo, la naturaleza y el tipo de delitos que se le imputan, lo cual tiene relación con la descripción inicial del artículo 310 que se relaciona con la gravedad de los delitos. Se entiende que a mayor número de delitos imputados, mayor es la probabilidad de que el imputado represente una amenaza para la comunidad. Tercero, el estar ya acusado, tener una medida de aseguramiento vigente o estar condenado por delito doloso o preterintencional, es razón para inferir un peligro para la comunidad y por tanto sirve de causal para solicitar la medida de detención preventiva.

En la Sentencia C-469 de 2016¹³³ la Corte Constitucional analiza la constitucionalidad de ciertos apartados del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, el Tribunal sostiene que el término “peligroso” no es utilizado por el legislador para referirse al carácter o temperamento del proceso o imputado. En otras palabras, el concepto incorporado al artículo no tiende a señalar que “el sujeto esté predeterminado al delito” encajando en la teoría del peligrosismo del Derecho Penal surgido bajo el enfoque positivista. Bajo esta perspectiva, sobre la cual ha tomado distancia el sistema penal colombiano, se

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 del 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

sostenía que algunas personas por sus características psíquicas y biológicas estaban predeterminadas para incurrir en alguna actividad delictiva:

Se consideraba que, por sus estrictas condiciones personales, inevitablemente tenían la tendencia a realizarlos y por esta razón también resultaba legítimo imponer privaciones de la libertad con el propósito de evitar sus dichos resultados. Esta perspectiva, hoy completamente superada en el debate teórico, comportaba como consecuencia un uso del derecho penal selectivo y discriminatorio¹³⁴.

Para la Corte Constitucional, el espíritu del legislador en esta norma no se acerca a la teoría del peligrosismo, sino a un criterio de tipo objetivo que justifica la imposición de la medida de aseguramiento. Describe que la norma enumera un conjunto de circunstancias de hecho que le permiten al juez inferir la necesidad de imponer una medida de aseguramiento que limite la libertad en función de proteger a la sociedad: “Tales circunstancias se refieren o están relacionadas, no con el imputado *en cuanto autor*, con su *carácter peligroso*, sino con sus *actos*, como elementos de juicio para inferir la probabilidad de nuevos delitos y la necesidad de la medida restrictiva”.

El peligro a la comunidad resulta una causal válida para limitar la libertad de un individuo, y el legislador ha definido a través del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal un conjunto de eventos y circunstancias que sirven de parámetro para adoptar y fundamentar su decisión. Como ya se ha señalado, no propone que el imputado sea un peligro *per se* para la comunidad por sus actitudes, personalidad o temperamento, como si estuviese programado para delinquir. Por el contrario, ofrece criterios objetivos de evaluación que recaen sobre las acciones o la conducta desplegada por el mismo individuo y de la cual da cuenta la evidencia material o información recolectada.

¹³⁴ *Ibidem*.

Por último, valga señalar que la Corte Constitucional en su abordaje jurídico de la norma encuentra que la misma está ajustada a la Constitución Política, al artículo 28 Superior y a la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el peligro a la comunidad como causal para limitar la libertad de forma preventiva se encuentra integrada al artículo 250 de la Carta Política, así como a los artículos 1º y 2º del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, el artículo 308 también señala el peligro para la víctima como requisito-causal para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En este caso, es el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal el que desarrolla esta norma: “se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes”. Como se evidencia, el peligro para la víctima también parte de una serie de circunstancias que se alejan de la idea del peligro desde el carácter subjetivo, y que recaen sobre hechos (conductas y acciones demostradas) que muestran una determinada probabilidad de que la persona pueda afectar en su seguridad y bienestar a la víctima. El riesgo sobre la víctima puede ser de tres tipos: 1. La integridad personal propia, 2. La integridad personal de sus familiares, y 3. La integridad de sus bienes.

3.3.2.6. Requisito 6. [...] siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Es la última de las tres causales acumulables a la exigencia general de que exista una inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado en el hecho delictivo que se investiga. Se interpreta como una posibilidad de que el imputado, o bien no comparezca al proceso, partiendo de que la regla general es la libertad física, o bien que no cumplirá la sentencia. La medida de aseguramiento puede

aplicarse para evitar la fuga o evasión del procesado a la justicia o al cumplimiento de la sentencia. El artículo 312 describe este punto en el siguiente sentido:

Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

Conforme a lo señalado en la norma, la no comparecencia también se vislumbra, en primer lugar, desde la gravedad de las conductas punibles y las penas a imponer, además de la falta de arraigo que tenga el procesado con la comunidad donde se encuentra su domicilio, la familia y sus negocios, las posibilidades que tenga para abandonar el país u ocultarse, la actitud que asume el imputado, y el comportamiento que muestra frente a su voluntad de ajustarse a lo que disponga la justicia.

Como se observa, el legislativo a través del ordenamiento jurídico a buscado brindar claridad sobre los requisitos formales que se exigen para imponer la medida de aseguramiento. Ello indica al menos dos aspectos claves: 1. La regulación de las medidas de aseguramiento debe ser clara y precisa, a fin de que su aplicación sea lo más ajustada a la realidad y las exigencias constitucionales, y 2. Se requiere de un verdadero análisis del caso, las pruebas aportadas, la actitud del procesado, los medios con los que cuenta el imputado, los antecedentes que se tienen, entre muchas otras.

3.3.2.7. Requisito 7. [...] procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario en los siguientes casos: 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializado [...], 2. Delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, 3. Delitos del Título VIII -Libro II- con defraudación que excede 150 SMMLV

Se trata de un requisito material de tipo específico conforme al artículo 313 de la Ley 906 de 2004. A partir de la lectura de esta norma, se logra inferir que los requisitos identificados desde el numeral 3 hasta el 6 son de naturaleza material y de tipo general, y los contemplados en el artículo 313 son materiales de tipo específico para casos particulares. Conforme al artículo 35 del Código de Procedimiento Penal, a esta categoría de jueces le corresponde conocer sobre delitos como genocidio, homicidio, lesiones personales, secuestro, desaparición forzada, entre otros. En otros términos, corresponde a los delitos que vulneran bienes jurídicos como la vida, la libertad individual, la autonomía personal, libertad, integridad y formación sexuales, y otros.

Así mismo, aplica la medida de aseguramiento de detención preventiva en los delitos de oficio y cuya pena a imponer exceda los 4 años. En tercer lugar, aplica para los delitos contenidos en el libro II título VIII los cuales protegen el bien jurídico de los derechos de autor. Dentro de estos delitos se encuentran la violación a los derechos morales, la defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor. Para imponerse bajo este criterio se requiere que la defraudación supere los 150 SMMLV.

Por último, a este artículo se agregó un nuevo caso específico para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento

carcelario conforme al artículo 26 de la Ley 1142 de 2007¹³⁵, y modificada por el artículo 7º de la Ley 1826 de 2017¹³⁶: “Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”. Se tiene como criterio para imponer esta medida de aseguramiento que el procesado haya sido objeto de captura o bien por delito o bien por contravención, dentro de los 3 años anteriores, y se requiere que la misma no haya precluido o que se diera la absolución del procesado. El inciso segundo de esta norma expresa que bajo esta causal se entiende que hay peligro futuro de la sociedad conforme al artículo 310 de la Ley 906 de 2004.

3.3.3. Consideraciones finales

Se observa a partir del desarrollo de este acápite del marco teórico que la Ley define diferentes criterios que se deben considerar al momento de decretar e imponer la medida de aseguramiento de detención preventiva. Por un lado, los materiales o sustanciales, y por otro, los formales. Los primeros se refieren a diversos aspectos: 1. Un cierto grado de inferencia razonable sobre la posible participación del imputado-acusado del delito, 2. Asegurar la comparecencia del procesado, 3. Prevenir la obstrucción de la justicia, 4. Protección de la comunidad y protección de la víctima. Pero además de ello, se observan otros elementos que sirven de criterios materiales y que aparecen de manera ligada a los anteriores ya señalados desde el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, v.g. la gravedad de la conducta/delito, la posible la pena a imponer, la modalidad del delito, el número de delitos, antecedentes/procesos-penas-medidas vigentes, entre otros. Incluye también el

¹³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 del 28 de junio de 2007. Diario Oficial No. 46.673 del 28 de junio de 2007.

¹³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1826 del 12 de enero de 2017. Diario Oficial No. 50.114 del 12 de enero de 2017.

test de razonabilidad pues este sirve de base y fundamento para identificar la inferencia razonable respecto de los objetivos o fines que persigue la medida de aseguramiento.

Por otro lado, los de tipo formal se refiere al conjunto de aspectos que debe considerar el Juez de Control de Garantías para que se garantice la legalidad del procedimiento, y dentro de estos se encuentran en virtud de mandamiento escrito, autoridad judicial competente, a petición de la Fiscalía, señalando de manera estricta hechos, calificación jurídica del tipo penal, la necesidad y causal de la medida, entre otros.

Valga resaltar que la jurisprudencia ha explicado que todos los criterios que se encuentran asociados en la imposición de la medida de aseguramiento, no deben ser tratados de forma “silogística o mecánica, pues la ley debe permitirle al juez un margen de valoración para analizar circunstancias objetivas –exigencias fácticas y jurídicas- y subjetivas, tales como la personalidad, edad y condiciones socioeconómicas del imputado”¹³⁷. Así mismo, ha descrito en relación con este tema en la sentencia ya citada:

La detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminada, general y automática, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley. Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.¹³⁸

Por tanto, se infiere que la jurisprudencia brinda un leve margen de discrecionalidad

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³⁸ Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

al Juez de Control de Garantías en la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva para que analice de manera particular los casos a partir de la información y demás hallazgos presentados por el ente acusador, las características socio-psíquicas del imputado, y la naturaleza y gravedad de las conductas punibles. Por lo anterior, resulta fundamental revisar el papel del Juez con funciones de control de garantías, las características del delito de homicidio culposo en casos de accidentes de tránsito por estado de embriaguez, y la interpretación del fenómeno desde el mismo discurso de los jueces. Esto es objeto del siguiente y último capítulo del marco teórico.

3.4. CAPÍTULO IV. Interpretación por los jueces control de garantías en el municipio de San José Cúcuta de los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en el delito de homicidio culposo en accidentes de tránsito por estado embriaguez

3.4.1. El rol del Juez de Control de Garantías

Desde la creación de la figura del Juez de Control de Garantías en el ámbito del proceso penal en Colombia -Acto Legislativo 03 de 2002-¹³⁹, se ha elaborado una amplia literatura que busca determinar su naturaleza, características, funciones y posibilidades. Y no es para menos, pues este funcionario público tiene la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de todas las garantías constitucionales y proteger los derechos de las personas que empiezan a transitar como partes dentro del proceso punitivo, brindando solidez al resto de actuaciones

¹³⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2003. Diario Oficial No. 45.040 del 19 de diciembre de 2002. Con este Acto Legislativo se reforma la Constitución Política de 1991 en sus artículos 116 y 250. Respecto de lo que interesa a esta investigación, el artículo 250 dispuso que el principio de oportunidad estaría sometido al control de legalidad ejercido por el juez con funciones de control de garantías. Así mismo, describe un conjunto de tareas o funciones que ejerce el juez de control de garantías.

que vienen a surtir con posterioridad. Como bien lo describe Castillo Garrido¹⁴⁰ en su análisis del juez de control de garantías para el caso de México:

La importancia de conocer la naturaleza y funciones de los jueces de control es de interés no sólo porque se trata de una figura novedosa, sino porque la reforma constitucional les asigna el papel de garantes de derechos fundamentales de los indiciados, las víctimas u ofendidos y por ende, es necesario dilucidar el tipo de control judicial que les corresponde, como garantes de derechos fundamentales y, especialmente delimitar si su función es meramente instrumental o alcanza alguna proyección en el sistema de control de constitucionalidad [...].

Por tanto, se tiene que el Juez de Control de Garantías es una figura novedosa dentro del Derecho Penal, y ello exige su estudio y análisis en virtud de determinar, además de sus particularidades, su aporte efectivo al logro de un proceso penal más ajustado a los instrumentos internacionales, la Constitución Política y las finalidades de la política criminal. María Isabel Arango¹⁴¹ describe lo siguiente:

[...] es evidente que las funciones ejercidas por el juez de control de garantías materializan la idea de un derecho procesal penal dimensionado en clave de derecho constitucional aplicado. Es por ello que sin lugar a dudas y por encima de esos interminables cuestionamientos, la participación de esta figura en el desarrollo de las actuaciones penales, resulta necesaria y de vital trascendencia en nuestro medio, como un esfuerzo por seguir apostándole al mayor grado de garantía para los derechos e intereses de los afectados por la intervención penal y con ello de todos los ciudadanos, sobre todo cuando soplan tan fuerte vientos de eficientismo penal.

En otras palabras, se sostiene que el Juez de Control de Garantías facilita la aplicación, o mejor aún, concretar en la práctica todos los principios, las garantías y los derechos constitucionales, por lo que se puede afirmar que su labor es ante todo de tipo constitucional. Y si los Estados avanzan hacia la conformación de

¹⁴⁰ CASTILLO GARRIDO, Salvador. Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿un nuevo órgano de control constitucional en México? Revista Mexicana de derecho Constitucional, 2011, no. 25, pp. 31-57.

¹⁴¹ ARANGO H., María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. (Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103). Revista Nuevo Foro Penal, 2010, v. 6, no. 75, pp. 231-242.

democracias cada vez más inclinadas al respeto de los Derechos Humanos y a la protección de los derechos fundamentales que encuentran su principal origen en los instrumentos internacionales relacionados con los Derechos Humanos (DDHH), se puede afirmar que el Juez con funciones de control de garantías resulta ser un instrumento valioso en estas nuevas visiones socio-jurídicas del Derecho Penal.

El Juez de Control de Garantías es un funcionario judicial que tiene por misión la revisión estricta y sustancial de un conjunto importante de actuaciones penales que incorporan derechos fundamentales, los cuales son límites del poder punitivo del Estado. De allí que se predique la especial importancia de la figura del Juez de Control de Garantías porque su actuación es esencialmente constitucional, esto es, garante del amplio marco de derechos fundamentales que se asocian con el proceso penal. La tarea del Juez de Control de Garantías es observar el cumplimiento pleno del marco legal y constitucional sobre los derechos fundamentales, y su respectiva limitación: “por tanto su rol esencial es el de guardián de los derechos y garantías de las personas intervenidas punitivamente”¹⁴². Así mismo, se puede afirmar que el Juez de Control de Garantías brinda legitimidad a la acción punitiva del Estado al limitar su poder producto del *ius puniendi*.

Se debe enfatizar en el papel que tiene el Juez de Control de Garantías en equilibrar la relación de las partes que participan en el proceso de investigación e indagación. En efecto, el Estado cuenta con un amplio poder para llevar a cabo la investigación de los hechos punibles mientras que el imputado-acusado no cuenta con herramientas técnicas para hacer frente a la acusación que gestiona el ente acusador con todos los recursos dispuestos a su servicio. De allí que los derechos fundamentales y el respeto de la libertad individual y la seguridad personales correspondan a la regla general, y la medida de aseguramiento a una excepción, una medida provisional, precaria y escasa.

¹⁴² *Op. Cit.* ARANGO H., María Isabel, 2010.

La tarea más importante para el juez es controlar todas las actividades que realiza el Estado en temas significativos y trascendentales como la limitación de derechos fundamentales, brindar legalidad y solidez al proceso penal y constatar que todas las garantías se vienen respetando conforme al marco jurídico constitucional y legal para que la etapa de juicio cumpla su finalidad. Por tanto su rol es el de guardar y preservar los derechos y las garantías de las personas involucradas en el proceso penal, y cómo lo señala la Corte Constitucional “evitar las posibles arbitrariedades en el proceder del organismo investigador”¹⁴³. Pero también “debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada”¹⁴⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional¹⁴⁵ sintetiza las funciones del Juez de Control de Garantías en cuatro categorías fundamentales:

- i. Ejercer un control sobre la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía;
- ii. Adelantar un control posterior, dentro del término de treinta y seis horas (36) siguientes sobre las capturas que excepcionalmente realice la Fiscalía
- iii. Ejercer un control previo sobre las medidas restrictivas de la libertad individual.
- iv. Llevar a cabo un control posterior sobre medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones.

¹⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁴ DÍAZ GARCÍA, Alexander. El juez de control de garantía frente al tratamiento de datos personales. Departamento de Justicia de los Estados Unidos. S.f. En línea. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090402_02.pdf [Consulta: 15/11/2017]

¹⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

El Juez de Control de Garantías debe mediar sobre el conflicto siempre presente entre el ejercicio del *ius puniendi*, esto es, la capacidad y facultad para sancionar y castigar. Por consiguiente, su labor trascendental es la de valorar la utilidad y necesidad de los mecanismos, instrumentos e instituciones penales frente a los derechos fundamentales de las partes que se encuentran involucradas en el proceso. En ese marco de ideas, tiene la función de dirigir audiencias preliminares que buscan determinar la legalidad de la actuación y la captura, decretar la legalidad de evidencia dispuesta, pretender por la adecuada formulación de la imputación, establecer medidas de aseguramiento no privativas y privativas, entre otras¹⁴⁶.

El Juez con funciones de control de garantías permite las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial al autorizar las mismas y verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en la Constitución Política y la Ley. Su labor gira, principalmente, sobre la categoría de los derechos fundamentales a través de una actuación de control buscando configurar el escenario y las condiciones necesarias para que el juicio se adelante y logre sus finalidades. En otras palabras, no realiza un juicio de responsabilidad del procesado, pero sí puede someter a valoración diferentes elementos para imponer medidas que pueden limitar los derechos fundamentales.

Valga resaltarse los tipos de control que ejercen los Jueces de Control de Garantías, siendo este o bien de naturaleza preventiva o bien de índole sustitutivo. En el primer caso, se ejerce dicho control cuando se busca prevenir la imposición de medidas cautelares u otras providencias tendientes a limitar los derechos fundamentales, y en el segundo caso, el control se materializa en la verificación de formalidades legales¹⁴⁷.

¹⁴⁶ SOTO ROJAS, Dora y OSPINA LÓPEZ, Carmen. El rol del Juez de Control de Garantías en la audiencia preliminar de imputación. Tesis de grado. Universidad de San Buenaventura, Cali, Colombia, 2012.

¹⁴⁷ *Op. Cit.* CASTILLO GARRIDO, Salvador. 2011.

Para Londoño Berrío¹⁴⁸, y en relación con la medida de detención preventiva, expresa que todos los jueces ejercen la custodia de los Derechos Humanos, y eso es lo que implica la tarea dignificante de ser juez, en especial, en un contexto marcado por la violencia y la guerra, y por tanto, estos mismos están llamados a “sustraerse a las seducciones y enfrentar con valor las coerciones que quieren hacer de ellos leucocitos de la defensa social o de la seguridad ciudadana o democrática, que es en lo que muchos quisieran ver convertida la jurisdicción”.

3.4.2. El delito de homicidio culposo en accidente de tránsito por estado de embriaguez

El artículo 23 del Código Penal de 2000¹⁴⁹ establece que “la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”. En otros términos, el delito culposo encuentra su fundamento en el cuidado que el individuo ha debido tener en comportamiento, pues resultaba previsible la lesión al bien jurídico tutelado. Así mismo, resulta oportuno hacer referencia a la Ley 1696 de 2013¹⁵⁰ a través de la cual “se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas”. En materia penal, el artículo 2º adiciona al artículo 110 del Código Penal una circunstancia de agravación punitiva para el delito de homicidio culposo aumentando la pena prevista “6. Si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1º o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, y ello haya sido determinante para su

¹⁴⁸ *Op. Cit.* LONDOÑO BERRÍO, Hernando León. 2003, p. 259.

¹⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.

¹⁵⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1696 del 19 de diciembre de 2013. Diario Oficial No. 49.009, del 19 de diciembre de 2013.

ocurrencia, la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria”. De lo anterior se extrae que el legislador ha reconocido una sanción mayor frente al delito de homicidio culposo cuando media para su ocurrencia el encontrarse bajo efecto de alcohol o droga, lo cual se basa en el riesgo que se produce al ejercer una actividad peligrosa con imprudencia.

Zugaldia Espinar¹⁵¹ explica que en los delitos culposos se exige “que el sujeto haya tenido la posibilidad de saber de la producción de un resultado evitable -infracción del deber de cuidado-“, esto es, una construcción subjetiva sobre las posibilidades de daño con la conducta. Por ello, el autor citado menciona que al determinar la conducta se deben reconocer “los conocimientos y capacidades individuales del autor: solo la infracción del deber individual de cuidado origina el cumplimiento del tipo de injusto del delito culposo”, y añade además que “de esta forma culmina un proceso de subjetivización de la infracción del deber de cuidado tras un largo peregrinar por la sistemática del delito culposo: proceso de subjetivización que, paradójicamente, ha venido a culminar precisamente en el área de lo injusto”.

En ese orden de ideas, el delito culposo es el producto de la imprudencia o la negligencia del individuo cuyo origen se puede ubicar en la inobservancia que ha tenido frente a órdenes, reglamentos, deberes legales, u otras circunstancias en las que se ha previsto de la posibilidad de daño. Otra característica de estos delitos es que son señalados de forma expresa dentro de la legislación penal¹⁵², y uno de estos corresponde al homicidio culposo.

En el Código Penal colombiano se encuentra tipificado mediante el artículo 109 que reza:

¹⁵¹ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, v. 37, no. 2, pp. 321-332.

¹⁵² LAZO ZAMBRANO, Azucena. Homicidio y lesiones culposas. Revista Médica de Honduras, 2005, v. 73, pp. 40-46.

El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de tres (3) a cinco (5) años.

Así mismo, el legislador ha determinado circunstancias de agravación para este tipo de delito en el artículo 110 del Código Penal reformado por la Ley 1326 de 2009¹⁵³. Señala la norma que la pena prevista para la conducta del artículo 109, se aumenta en varias circunstancias: 1. El agente se encuentra bajo el influjo de bebida embriagante o droga cuyo efecto ha sido determinante en la configuración del delito, caso en el que se aumenta la pena de la mitad al doble de la pena; 2. El agente abandona el lugar de los hechos sin justa causa, aumentándose en la misma proporción; 3. El agente al cometer la conducta no tiene licencia de conducción o ha sido suspendida, aumentándose de $\frac{1}{4}$ a $\frac{1}{6}$ la pena; 4. El agente se encuentra transportando pasajeros o carga pesada sin llenar los requisitos legales, aumentándose la pena de $\frac{1}{4}$ a $\frac{3}{4}$ partes; y 5. El agente se encuentra transportando niños o ancianos sin llenar los requisitos legales, aumentándose la pena de $\frac{1}{4}$ a $\frac{3}{4}$ partes.

Como se logra evidenciar, el legislador ha querido optar por mayores penas y una mayor rigurosidad en el tratamiento de los individuos acusados por homicidio culposo en casos de accidentes de tránsito. Y no es para menos, pues se requerían diferentes estrategias y políticas que permitieran afrontar este problema social de alto impacto.

¹⁵³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1326 del 15 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47.411 del 15 de julio de 2009.

3.4.3. Hallazgos de las entrevistas aplicadas a Jueces de Control de Garantías

Se realizaron seis entrevistas en profundidad a Jueces de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta durante los meses de abril, mayo, junio y julio de 2017. El análisis de las mismas se hizo a través de un proceso de codificación que permitiera dar razón sobre cuatro categorías objeto de esta investigación: criterios de interpretación de requisitos formales, criterios de interpretación de requisitos materiales, criterios de interpretación de requisitos desde la jurisprudencia y criterios de interpretación para la medida de aseguramiento en el caso específico de análisis. Por cada una de las categorías, se formula una tabla (4, 5, 6 y 7) donde se insertan los códigos que referencian los criterios de interpretación por cada juez entrevistado.

Tabla 4.

Criterios de interpretación frente a los requisitos formales de la medida de aseguramiento por cada participante entrevistado

NÚMERO DE ENTREVISTA	JUEZ DE GARANTIAS ENTREVISTADO	DELIMITA REQUISITOS FORMALES Proceso de codificación
01	Ismael Valbuena Ortega Juez 1º Municipal de Control de Garantías Ambulantes	<ul style="list-style-type: none">• Test de proporcionalidad.• Test de necesidad.• Test de razonabilidad.• Finalidades de la medida: protección de la comunidad-víctima, asegurar comparecencia, cumplimiento de la pena, evitar obstrucción de la justicia.• Finalidades de la medida: requisitos subjetivos.• Petición de la fiscalía o su delegado.• Inferir razonablemente que el imputado es autor o participe.• Inferencia razonable más alguna de las finalidades.• Pena.• Gravedad de la pena.• Modalidad de la conducta.

		<ul style="list-style-type: none"> • Los casos específicos: delitos de los jueces penales del circuito especializado, los delitos investigables de oficio (la mayoría del Código), el mínimo de pena de 4 años, los delitos contra los derechos de autor y la defraudación es superior a los 150 SMMLV, y persona capturada dentro de los 3 años anteriores.
02	<p>Yant Karlo Moreno Cárdenas</p> <p>Juez 1º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La libertad personal es la regla general, y la medida de aseguramiento es la excepción. • El aumento de la criminalidad lleva a una inversión de la regla. • Alcanzar fines constitucionales: evitar la obstrucción de la justicia o asegurar la comparecencia del imputado o el cumplimiento de la pena, seguridad de la víctima y comunidad, • Son requisitos formales los contenidos en el artículo 308 del CPP. • No es de oficio: siempre la Fiscalía solicita la medida de aseguramiento. Por vía jurisprudencial, la víctima puede solicitar. • Imposición conforme a petición de la Fiscalía sin superar el grado solicitado. • Inferencia razonable de autoría o participación. • Inferencia razonable depende de elementos materiales probatorios evidencia física, información legalmente obtenida o actos de convicción. • Requisitos subjetivos: desarrollados por artículo 310, 311, 312. • Requisitos objetivos: desarrollados por el artículo 313. • La calidad de la participación, por ejemplo, si es cómplice.
03	<p>Hernando Rafael Sarmiento Castro</p> <p>Juez 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y adecuada. • Evitar la obstrucción de la justicia, peligro para la comunidad o víctimas, posibilidad de no comparecer al proceso. • Obstrucción de la justicia: Capacidad de influencia del procesado.

		<ul style="list-style-type: none"> • Peligro para la comunidad: Gravedad de la conducta. Debe revisarse calificación jurídica, y más aún, el hecho o la situación táctica como tal. Actitud y comportamiento que asume el imputado. • Posibilidad de no comparecer: Arraigo, gravedad de la pena a imponer, • Las razones deben ser expuestas y fundamentadas por la Fiscalía.
04	<p>Edgar Mendoza</p> <p>Juez 2º de Control de Garantías de Bandas Criminales</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Los contenidos en el artículo 308-320 del CPP. • Inferencia razonable de posible participación: de no tener inferencia razonable, no se impone medida de aseguramiento. • Solicitud de la Fiscalía o la víctima. • Revisión de los requisitos del artículo 313. • Verificar fin constitucional seleccionado en coherencia con el tipo de medida de aseguramiento solicitada.
05	<p>César Alejandro Ordoñez Ochoa</p> <p>Juez 9º Penal Municipal con Función de Control de Garantías.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Pena superior a 4 años. • Se encuentre en proceso de investigación en los 4 años anteriores.
06	<p>Eddy Pastora Gómez Peñaranda</p> <p>Juez 2ª Penal Municipal con Función de Control de Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Factor objetivo previsto en el artículo 313 del CPP.

Fuente: Autor

Tabla 5.

Criterios de interpretación frente a los requisitos materiales de la medida de aseguramiento por cada participante entrevistado

NÚMERO DE ENTREVISTA	JUEZ DE GARANTIAS ENTREVISTADO	DELIMITA REQUISITOS MATERIALE Proceso de codificación
01	Ismael Valbuena Ortega Juez 1º Municipal de Control de Garantías Ambulantes	<ul style="list-style-type: none"> • Requisitos subjetivos y objetivos. • Subjetivos (art. 308), objetivos (art. 313) • Uso del test de proporcionalidad • Excepciones: Mayor de 65 años, Estado de embarazo a 2 meses de finalizar, madre o padre cabeza de familia.
02	Yant Karlo Moreno Cárdenas Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías	<ul style="list-style-type: none"> • El juez empieza a verificar los elementos materiales probatorios y evidencia física, acto de convicción, para lograr la inferencia razonable. • Evidencia que fundamente cada una de las causales de del artículo 308 y desarrollados por los artículos ss. • Gravedad y modalidad de la conducta punible. • Relacionado con las pruebas (materiales) que sostienen las causales: indagaciones, conversaciones, textos, informes de seguimiento. • Pluralidad de conductas punibles. • Pruebas de informe expedidos de autoridad competente. • Requisitos de los fines más allá de la calificación jurídica provisional.
03	Hernando Rafael Sarmiento Castro Juez 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías	<ul style="list-style-type: none"> • Son el factor objetivo para la imposición de la medida de aseguramiento. • Consignados en el artículo 313 del CPP: taxativos, concretos e inmodificables. • Art. 313 del CPP, por ejemplo, competencia de la justicia penal especializada.

04	Edgar Mendoza Juez 2º de Control de Garantías de Bandas Criminales	<ul style="list-style-type: none"> • Materiales: soporte de la solicitud y los fines constitucionales de la medida de aseguramiento. • Previo traslado de la evidencia o material a la defensa.
05	César Alejandro Ordoñez Ochoa Juez 9º Penal Municipal con Función de Control de Garantías.	<ul style="list-style-type: none"> • Se cumpla uno o dos de autoría o participación, o con cualquiera de los 3 fines del artículo 308. • Test de proporcionalidad.
06	Eddy Pastora Gómez Peñaranda Juez 2ª Penal Municipal con Función de Control de Garantías	<ul style="list-style-type: none"> • Inferencia razonable. • Requisitos previstos en el artículo 308 CPP: necesidad para impedir la obstrucción de la justicia, peligro para la víctima o la comunidad, o probabilidad de no comparecencia o incumplimiento de sentencia. • Criterios de valoración: necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

Fuente: Autor

Tabla 6.

Criterios de interpretación jurisprudencial frente a los requisitos de la medida de aseguramiento por cada participante entrevistado

NÚMERO DE ENTREVISTA	JUEZ DE GARANTÍAS ENTREVISTADO	DELIMITA CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL Proceso de codificación
01	Ismael Valbuena Ortega Juez Primero Municipal de Control de Garantías Ambulantes	<ul style="list-style-type: none"> • Se debe dar al menos una de las causales o finalidades del artículo 308. • No basta con que se tenga una alta inferencia razonable que indique la posible autoría o participación por parte del imputado en el delito. • Verificar los elementos propios de cada una de las causales (arts. 309, 310, 311)

		<ul style="list-style-type: none"> • Verificar gravedad y modalidad de la conducta a partir del análisis de aspectos socio-demográficos del imputado: arraigo, domicilio, familia, trabajo, edad, estado de embarazo, enfermedad grave, madre-padre cabeza de familia. • Verificar la pena a imponer, y por tanto, los agravantes. • Verificar el nivel de inclinación del procesado a la comisión de delitos a partir de antecedentes y/o anotaciones por igual u otros delitos, contar con pena sustitutiva privativa de la libertad, sentencia condenatorio en conjunto. • Número de delitos a imponer. • Análisis en conjunto del caso y los criterios utilizados: “no se trata de imponer por imponer”. • Primero las medidas no privativas de la libertad, luego las medidas privativas de la libertad. • Efectiva defensa del imputado: el abogado debe fundamentar para prevenir la medida de aseguramiento, o en su defecto, aquella intramural.
02	<p>Yant Karlo Moreno Cárdenas</p> <p>Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Fines constitucionales de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y adecuada. • Necesaria: permita alcanzar un fin constitucional. Efectiva. • Adecuada: se encuentre establecida o coherente con la Ley. • Proporcional: valoración del derecho a la libertad personal frente a los derechos de las víctimas o la comunidad o el Estado. • Razonable: se revisa reincidencia.
03	<p>Hernando Rafael Sarmiento Castro</p> <p>Juez 3º Penal Municipal con Funciones de</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Presunción de inocencia como marco de análisis. • La pena, el delito, renuencia. • La medida no es un juicio de responsabilidad y coherente con la inferencia razonable.

	Control de Garantías	<ul style="list-style-type: none"> • Inferencia razonable como punto de partida para la verificación de requisitos. Puede modificarse con el transcurso del proceso.
04	Edgar Mendoza Juez 2º de Control de Garantías de Bandas Criminales	<ul style="list-style-type: none"> • La última opción es la privación de la libertad. • Fiscalía debe argumentar la necesidad, urgencia, razonabilidad y proporcionalidad de la medida. • Ponderar derechos de la víctima, comunidad, sociedad y administración de justicia con los derechos del procesado. • Argumentar de manera profunda por parte de la Fiscalía considerando bien jurídico a proteger, tendencia de la persona al delito,
05	César Alejandro Ordoñez Ochoa Juez 9º Penal Municipal con Función de Control de Garantías.	<ul style="list-style-type: none"> • Interpretación pro homine. • Interpretación restrictiva. • Principio de conformidad. • Principio de inocencia. • Principio de prohibición de exceso.
06	Eddy Pastora Gómez Peñaranda Juez 2ª Penal Municipal con Función de Control de Garantías	<ul style="list-style-type: none"> • Cumplimiento de principios constitucionales y legales: necesaria, adecuada y proporcional para que se justifique. • Imposición salvaguardando el principio de presunción de inocencia.

Fuente: Autor

Tabla 7.

Criterios de interpretación frente a los requisitos de la medida de aseguramiento para el caso específico de estudio por cada participante entrevistado

NÚMERO DE ENTREVISTA	JUEZ DE GARANTIAS ENTREVISTADO	DELIMITA CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN PARA EL CASO ESPECÍFICO DE ESTUDIO Proceso de codificación
01	Ismael Valbuena Ortega	<ul style="list-style-type: none"> • Fines constitucionales de necesidad, proporcionalidad, adecuación, racionalidad (Art. 295, Ley 906 / C-1198 de 2008 CC / Rad. 30942 de 2009 CSJ).

		<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes asociados al delitos: comparendos. • Circunstancias de modo, tiempo y lugar: complejidad del hecho. • Imposición de una medida sustitutiva, inicialmente. • Modalidad de la conducta: accidente de tránsito por imprudencia del peatón diferente a accidente por estado de embriaguez. Evadir el lugar. No auxiliar a la víctima. Evadir responsabilidad.
02	<p>Yant Karlo Moreno Cárdenas</p> <p>Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cada caso es diferente. • No siempre va a proceder la medida de aseguramiento, aunque sea agravante. • Posibilidad de imponer primero una medida de aseguramiento no privativa. • Revisar factores: situación social del país, situación social e institucional de las cárceles, situación social de la persona. • Condiciones en la que se encontraba la persona para verificar si es culposos o aplica dolo eventual. • En caso de dolo eventual, medida más restrictiva: poca jurisprudencia. • Fiscalía solicita por lo general en este tipo de conductas una medida no privativa de la libertad.
03	<p>Hernando Rafael Sarmiento Castro</p> <p>Juez 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Dada la pena, no es común aplicarse la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario en delitos culposos. • Procede en el caso específico cuando se presentan los agravantes, por ejemplo, huir del lugar. • Dificultades en el conocimiento de requisitos formales y materiales entre abogados litigantes y fiscales. • Muchas veces el Juez debe tratar de rescatar lo señalado para imponer la medida de aseguramiento.
04	Edgar Mendoza	<ul style="list-style-type: none"> • Se revisa posibilidad de una medida no privativa.

	Juez 2º de Control de Garantías de Bandas Criminales	<ul style="list-style-type: none"> • Hay una fuerte presión mediática. • La imposición de la medida no es una pena definida –no es un castigo-: la sociedad poco comprende eso. • Antecedentes relacionados con el delito o pena impuesta con anterioridad. • Los consumidores de bebidas alcohólicas, más que castigo, requieren rehabilitación. • Culpa exclusiva de la víctima. • Nivel de embriaguez. • Justicia no es igual a penas privativas en centros carcelarios. • Trabajo juicioso de la Fiscalía y la defensa.
05	<p>César Alejandro Ordoñez Ochoa</p> <p>Juez 9º Penal Municipal con Función de Control de Garantías.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Desde los aportes de la Fiscalía, determinar la inferencia razonable. • Establecer si alguna de las privativas es exagerada o desbordante en cuanto el fin a proteger. • Aplicación del principio de afirmación de la libertad. • Prevenir prejuicios, sesgos cognitivos o presión mediática. Enfatizar en el test de proporcionalidad.
06	<p>Eddy Pastora Gómez Peñaranda</p> <p>Juez 2ª Penal Municipal con Función de Control de Garantías</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Análisis de caso en concreto y los elementos de idoneidad. • Deben cumplirse los requisitos del artículo 308 del CPP. No basta encontrarse en estado de embriaguez. • Valoración de algunas circunstancias: exceso de velocidad, inobservancia de las normas de tránsito: determina conducta culpable o dolo eventual.

Fuente: Autor

Las entrevistas reflejan un conjunto de criterios de interpretación en torno a la medida de aseguramiento de detención preventiva, y específicamente, en lo relacionado a los casos de homicidio culposo de accidentes de tránsito por estado embriaguez. Tal vez la inferencia más general del análisis de las entrevistas es que no existe un criterio unificado que permita diferenciar entre los requisitos materiales

y formales de la medida de aseguramiento. Este no constituye un criterio de interpretación, pero sí un resultado que debe ser resaltado pues con ellos se visibiliza la poca claridad que hay entre los entrevistados en cuanto a los criterios materiales y formales como tipología de categorización de los requisitos de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

En cuanto a los criterios de interpretación jurisprudencial para la imposición de medida de aseguramiento, se tiene que todos los Jueces encuestados coinciden que dicha medida debe ser la última a aplicar, siempre garantizando la presunción de inocencia de la persona. De igual forma es claro que respecto dichos funcionarios citan en común la Sentencia C 1198 de 2008 proferida por la Corte Constitucional, la cual establece la valoración a los factores que deben tenerse en cuenta entre la libertad de una persona versus los derechos de la víctima y/o la comunidad.

Respecto del criterio para decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva en los delitos de homicidio culposos en accidentes de tránsito en estado de embriaguez, señalan los Jueces encuestados, que debe valorarse cada caso en especial, pues concuerdan en que la medida de aseguramiento presenta una convalecencia en los tipos de delito de homicidio culposos, no obstante y con el agravante del estado de embriaguez, dicho delito podría ser valorado como dolo eventual, dependiendo también la imputación que realice la Fiscalía. De igual forma se establece que dichos Jueces coinciden que en Colombia solo se legisla cuando las cosas suceden o cuando ocurren eventos de tipo mediático, a lo cual también los medios de comunicación dejan expuestas las decisiones judiciales sin el lleno de conocimientos, sin entender que los Jueces es un tercero dentro del proceso.

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo general

Analizar la interpretación que de los requisitos formales y materiales realizan los Jueces de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en los delitos de homicidio culposo en accidentes de tránsito en estado de embriaguez en el periodo 2013 a 2015, a fin de reconocer la compatibilidad de su aplicación con el marco jurídico nacional y los estándares internacional.

3.2. Objetivos específicos

Estudiar en la doctrina, la legislación y el Derecho Comparado, la medida de aseguramiento de detención preventiva en general.

Delimitar desde los instrumentos internacionales los criterios de interpretación para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Describir desde la legislación, la jurisprudencia y la doctrina los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Establecer los criterios de interpretación que aplican los jueces control de garantías en el Distrito Judicial de Cúcuta de los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en el delito de homicidio culposo en accidentes de tránsito por estado embriaguez.

4. PROPÓSITO

El propósito de la investigación fue definir los criterios que apoyan el proceso de interpretación de los Jueces de Control de Garantías en torno a la medida de aseguramiento de detención preventiva, específicamente, en los delitos de homicidio culposos en accidentes de tránsito por estado de embriaguez. La identificación y conceptualización de estos criterios permitió que se ahondara en dos temas que provocan polarización y diversidad de opiniones. El primero se encuentra en el nivel teórico-jurídico y se puede sintetizar así: La medida de aseguramiento de detención preventiva vs. El derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia. El segundo tema se proyectó en el terreno socio-jurídico, y se materializó en los casos de homicidio culposos en accidentes de tránsito por estado de embriaguez y la medida de aseguramiento a imponer a partir de los criterios de interpretación que utilizan los jueces de control de garantías. No sólo se buscó delimitar conceptualmente los denominados criterios materiales y formales de la medida de aseguramiento de detención preventiva, además indagó en los criterios de interpretación que utilizan los jueces desde sus propias posturas y apreciaciones para el abordaje y aplicación de dichos requisitos, convirtiéndose en un aporte en el campo socio-jurídico del Derecho.

5. HIPÓTESIS

Los Jueces de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta tienden a confundir los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en los delitos de homicidio culposo por accidentes de tránsito en estado embriaguez.

Los resultados de la investigación corroboran la hipótesis pues los jueces muestran no tener claridad conceptual en cuanto a los requisitos formales y materiales, además se observa que hay un énfasis especial en los requisitos subjetivos y la forma de argumentar y probar los mismos.

6. METODOLOGÍA

6.1. Tipo de estudio

La investigación por sus particularidades y objetivos, se clasifica dentro de los estudios cualitativos. La investigación cualitativa se caracteriza por centrarse en datos o información que se extrae de las vivencias, los discursos o las acciones de las mismas personas, para una descripción efectiva de los fenómenos, y en donde no interesan las estadísticas, la cuantificación o el control de variables. Así mismo, esta investigación es de tipo analítica. Este tipo de estudio busca la descomposición o fragmentación del objeto que se estudia por categorías y subcategorías, generalmente, mediante procesos de codificación. Explica LOPERA, RAMÍREZ, ZULUAGA y ORTÍZ¹⁵⁴ que la investigación analítica descompone los objetos a través de un “procedimiento que descompone un todo en sus elementos básicos y, por tanto, que va de lo general (lo compuesto) a lo específico (lo simple), es posible concebirlo también como un camino que parte de los fenómenos para llegar a las leyes, es decir, de los efectos a las causas. Desde esta perspectiva, puede entenderse como análisis comprensivo”. En esta investigación se realizó dicho procedimiento al tratar de fragmentar el objeto analizado, esto es, los requisitos formales y materiales de la medida de aseguramiento de detención preventiva, y específicamente, los relacionados con el delito de homicidio culposo en accidentes de tránsito por estado de embriaguez desde la perspectiva de sus autores: los Jueces de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta.

6.2. Población

La población de la investigación estuvo integrada por los Jueces Penales de Control de Garantías pertenecientes al Distrito Judicial de Cúcuta. En total, hay seis Jueces

¹⁵⁴ LOPERA, Juan, RAMÍREZ, Carlos, ZULUAGA, Marda y ORTÍZ, Jennifer. El método analítico como método natural. Revista Nomadas, No. 25.

Penales de Control de Garantías. Esta población ofreció elementos de valor para dar respuesta a los objetivos del estudio, pues desde su discurso se extrajeron significados, enfoques y perspectivas de interpretación en torno a los requisitos de la medida de aseguramiento de detención preventiva en los casos de delitos culposos en accidentes de tránsito por estado de embriaguez. Sus aportes fueron comparados frente a las normas legales, la doctrina y la jurisprudencia.

6.3. Diseño muestral

No se tuvo una muestra en esta investigación debido a que la entrevista fue aplicada a toda la población, es decir, seis (6) jueces penales con funciones de control de garantías en el periodo 2013-2015, quienes desde su experiencia y conocimiento ofrecieron elementos de valor para la investigación. En la siguiente tabla se describen los participantes del estudio.

Tabla 8.
Jueces participantes dentro de la investigación

No	JUEZ DE GARANTIAS ENTREVISTADO
01	Ismael Valbuena Ortega Juez 1º Municipal de Control de Garantías Ambulantes
02	Yant Karlo Moreno Cárdenas Juez 1º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías
03	Hernando Rafael Sarmiento Castro Juez 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías
04	Edgar Mendoza Juez 2º de Control de Garantías de Bandas Criminales
05	César Alejandro Ordoñez Ochoa Juez 9º Penal Municipal con Función de Control de Garantías.
06	Eddy Pastora Gómez Peñaranda Juez 2ª Penal Municipal con Función de Control de Garantías

Fuente: Autor

6.4. Diseño de plan de datos

- 6.4.1. Gestión del dato: la información primaria se recolectó a través de entrevistas en profundidad aplicada a Jueces Penales con Funciones de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta. Estas se hicieron de forma personal y luego se transcribieron las respuestas para un mejor manejo de la información. Una vez aplicado el instrumento, se siguió un proceso de codificación con el objetivo de determinar los criterios de interpretación en torno a los requisitos formales y materiales en los delitos de homicidio culposo por accidentes de tránsito en estado embriaguez para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva. La información secundaria fue rescatada de documentos, estudios, doctrina, leyes y otros, sometido a análisis las unidades de interés y expuestas a lo largo del desarrollo del marco teórico.
- 6.4.2. Obtención de dato: La información primaria se obtuvo de la aplicación directa de las entrevistas a los Jueces Penales con Funciones de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta. Para ello, se solicitaron los respectivos permisos y se acudió de forma directa a los participantes. La información secundaria referida a artículos científicos publicado en revistas científicas, sentencias de los Altos Tribunales, doctrina e informes fue analizada de acuerdo a matrices de análisis o fichas de análisis documental.
- 6.4.3. Recolección del dato. El dato fue recolectado por los investigadores durante el tiempo de la investigación a través de fichas y matrices de análisis según el tipo de información (ver anexos).

6.4.4. Control de sesgos: La presente investigación se hizo de forma objetiva conforme a la información obtenida de las fuentes primarias y secundarias.

6.5. Plan de análisis

OBJETIVOS	TÉCNICA DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS DE CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
Estudiar en la legislación Colombiana, los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en general.	ANEXO 2	Identificar y analizar	Textual
Delimitar desde los instrumentos internacionales los criterios de interpretación para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.	ANEXO 2	Indagar y analizar	Textual
Describir desde la doctrina los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.	ANEXO 2	Indagar y analizar	Textual
Establecer los criterios de interpretación que aplican los jueces control de garantías en el Distrito Judicial de Cúcuta de los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de	Entrevista en profundidad ANEXO 1	Analizar, codificar y categorizar	Textual

detención preventiva en el delito de homicidio culposo en accidentes de tránsito por estado embriaguez.			
---	--	--	--

6.6. Procesamiento del dato

La información obtenida de fuentes primarias, es decir, las entrevistas en profundidad, fue procesada a través una matriz de codificación y categorización. El anexo 1 se refiere a los resultados de las entrevistas. La normatividad y la jurisprudencia nacional e internacional fueron exploradas y analizadas mediante fichas, las cuales se encuentran contenidas dentro del anexo 2.

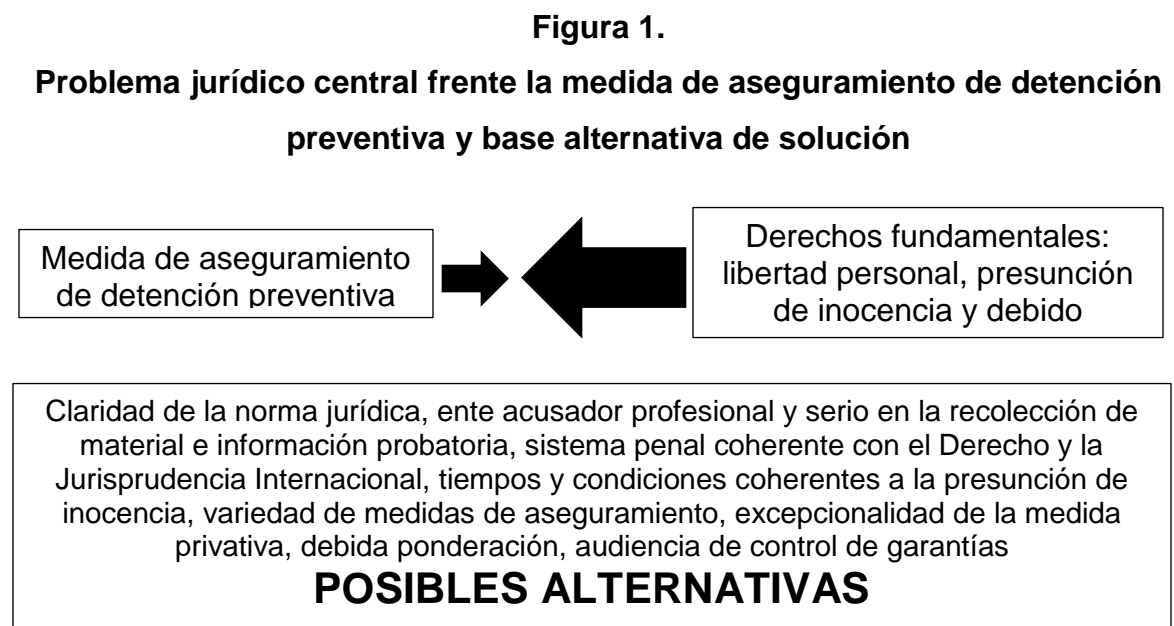
7. RESULTADOS

Los resultados de la investigación desarrollada se encuentran directamente relacionada con la labor del investigador en función de dar respuesta a cada uno de los objetivos trazados dentro del estudio. De esta manera, se estudió la medida de aseguramiento detención preventiva desde la literatura y doctrina, la legislación y el Derecho Comparado, así mismo, dicha medida aseguramiento y sus requisitos desde instrumentos internacionales haciendo especial énfasis en la compatibilidad de esta con los estándares de los Derechos Humanos. Además, se hizo una exploración de los requisitos materiales y formales considerando la doctrina, la jurisprudencia y la legislación colombiana. Por último, se aplicaron las entrevistas conforme a la metodología y se logró identificar criterios de interpretación que tienen los Jueces de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta frente a los requisitos materiales y formales de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En general se pueden señalar varias líneas jurídico-conceptuales que se infieren de los resultados obtenidos:

- a. La medida de aseguramiento de detención preventiva: un tópico jurídico de constante reflexión y evolución por su relación íntima con los Derechos Humanos

Los resultados muestran que la medida de aseguramiento es una figura jurídica que tiene su origen en la facultad que tienen los Estados para llevar a cabo la política criminal. En otros términos, configura una herramienta o un instrumento efectivo del Estado, especialmente, su rama judicial para garantizar los fines del sistema penal. Pero dada su complejidad y efectividad, la medida de aseguramiento origina diferentes perspectivas y posiciones en cuanto a su uso y regulación, principalmente, por su posibilidad de vulnerar derechos fundamentales: la libertad

personal y la presunción de inocencia. En efecto, la doctrina muestra muy diferentes posiciones, al igual que la jurisprudencia relacionada con el tema. Si bien se hizo una revisión exhaustiva de las normas legales con apoyo en la jurisprudencia y la doctrina, parece oportuno describir como parte de los hallazgos la dicotomía y enfrentamiento que implica la medida de aseguramiento de detención preventiva frente a los derechos fundamentales con los que entra en colisión y que se esquematiza en la figura 1.



Fuente: Autor

En atención a este problema jurídico, se ha intentado reglamentar de manera profunda las posibilidades de imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto en aras, primero, de limitar el *ius puniendi* del que goza el Estado, y segundo, de asegurar los derechos de todas las partes que se encuentran en el proceso, la efectiva administración de justicia y la seguridad de la sociedad. Entonces, se observa una doble exigencia, en ocasiones, difícil de conciliar. Por un lado, se solicita una efectiva administración de justicia, y para ello se debe contar con instrumentos y herramientas que logren los propósitos y las

finalidades constitucionales y legales como lo sería las medidas de aseguramiento, y por otra parte, el respeto de los derechos fundamentales al debido proceso, la presunción de inocencia y la libertad personal bajo la premisa de que nadie puede ser privado de su libertad hasta que se demuestre en juicio y más allá de toda duda razonable la responsabilidad del procesado.

Frente a este dilema, la Corte Constitucional, así como organismos internacionales de administración de justicia como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sostenido que la medida de aseguramiento no se encuentra en contravía de los derechos fundamentales mencionados, pero hacen importantes aclaraciones de determinadas formas en las que resultaría insostenible la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva, por ejemplo, el tiempo admisible de aplicación o el no contar con elementos materiales probatorios que permiten inferir que la persona es posiblemente autor o participe de la conducta punible que se investiga. Entonces, una alternativa para que dicho problema pueda ser superado se encuentra en la claridad de la norma en cuanto a requisitos y formalidades en los que se concilien tanto los intereses de un lado como del otro.

Del mismo modo, una forma de conciliar esta dicotomía se encuentra dada por la variedad de medidas de aseguramiento con las que cuenta el ente acusador y el Juez para cumplir con las finalidades constitucionales y legales. Con ello, se abre la posibilidad a que se pueda seleccionar entre medidas no privativas y medidas privativas de la libertad, siendo las no privativas las que deben ser valoradas en primer orden, y en caso de no ser suficiente, y de manera excepcional, valorarse la pertinencia de las privativas de la libertad. Por tanto, otra alternativa es la debida ponderación tanto del ente acusador como del Juez al momento de solicitar e imponer la medida de aseguramiento, lo cual se debe hacer desde una juiciosa y seria investigación que arroje elementos, materiales e información legalmente obtenida que permita inferir la participación de la persona en el delito investigado.

Otra alternativa está representada en la figura del Juez de Control de Garantías quien desde sus actividades puede llevar a una conciliación entre las instituciones jurídicas penales que entran en colisión. El marco jurídico así como la doctrina encuentran en el Juez de Control de Garantías una herramienta que conlleva a un tratamiento más serio y adecuado de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues dicho operador judicial debe considerar de manera profunda todo el amplio esquema normativo de naturaleza constitucional, y esto atañe a los derechos fundamentales de las partes que integran el proceso. Hay una tendencia en la literatura al brindar una relevancia significativa al Juez de Control de Garantías en la protección de los derechos fundamentales y la Carta Política en general, así como en los resultados del trabajo de Derecho comparado que se adelantó en la investigación en donde la mayoría de los casos se utiliza al Juez de Control de Garantías como persona idónea para decidir sobre la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

b. La posición del Estado colombiano y los países de la región frente a la medida de aseguramiento de detención preventiva

En Colombia se regula la medida de detención preventiva partiendo de la misma Constitución Política. Ello encuentra su sustento en el alto impacto que tiene dicha medida de aseguramiento frente a los derechos fundamentales, y encuentra en la Constitución Política su más alta defensa. Lo primero que se debe señalar es que la legislación penal ha definido un conjunto de medidas alternativas que se clasifican entre privativas y no privativas, lo que permite afirmar que hay una adherencia del Estado colombiano a la tendencia en la región, pues de la misma forma se dispone en otros países de América Latina dicha categorización.

La regla general es la libertad personal durante el proceso penal, y la excepción son las medidas de aseguramiento. Claro está, unas medidas son más excepcionales que otras, pues debe primar en la aplicación las no privativas y luego las privativas.

La jurisprudencia en torno al tema ha sido inequívoca en sostener que la medida de aseguramiento no es incompatible con los derechos fundamentales a la libertad personal o la presunción de inocencia, y por el contrario se refirma su legalidad y necesidad dentro de un contexto como el colombiano, pero en todo caso, se hace siempre énfasis en la necesidad de considerar en todo momento y tener en cuenta los requisitos para su imposición, así como un tratamiento de la misma desde su carácter excepcional, lo cual implica que hay una defensa y protección de los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, la perspectiva del Estado colombiano es compartida dentro de la región, pues los demás estados tienen un tratamiento similar de la medida de aseguramiento de detención preventiva dentro de sus legislaciones. Esto obedece, particularmente, a la internacionalización del Derecho Penal y a la influencia que ha venido desarrollando tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin duda, los estándares internacionales ha venido delimitando la acción de los Estados en materia punitiva bajo el logro de la justicia pero con reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.

c. La medida de detención preventiva es compatible con los instrumentos internacionales:

Los resultados muestran que los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos reconocen la detención preventiva como una posibilidad a la que se encuentran autorizados los Estados, y por tanto, una medida plausible de aplicación desde el siglo XVIII con la misma Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Así mismo, recogen la dicotomía y el problema jurídico que se ha resaltado, pues brindan un especial peso al derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia, las cuales son objeto de regulación en todos los instrumentos sobre DDHH. Por ello, la posibilidad de privar de la libertad a una persona se encuentra limitada a un conjunto de elementos que la condicionan, por

ejemplo, el principio de legalidad o la definición clara y precisa de las causales. Valga resaltar que los primeros instrumentos no se referían de manera específica a la detención preventiva, y sólo hasta la mitad del siglo XX es que se deja mención de manera explícita a dicha figura.

Con posterioridad, los siguientes instrumentos internacionales describen algunos criterios de interpretación y que se pueden categorizar en procedimentales y políticos:

- i. Procedimentales: Mediante providencia de juez competente, indicios razonables, fines permitidos (cumplimiento de obligación legal o comparecencia, evitar daños extensibles, evitar la fuga), con cumplimiento de elementos propios del debido proceso (debida información, lenguaje adecuado, plazos razonables, autoridad competente, acceso a recursos, derecho a reparación, celeridad en el proceso, presentación sin demoras ante un Juez, legalidad de la detención, tratamiento digno y diferencial).
- ii. Políticos: necesaria incorporación a la Constitución Política de cada uno de los Estados.

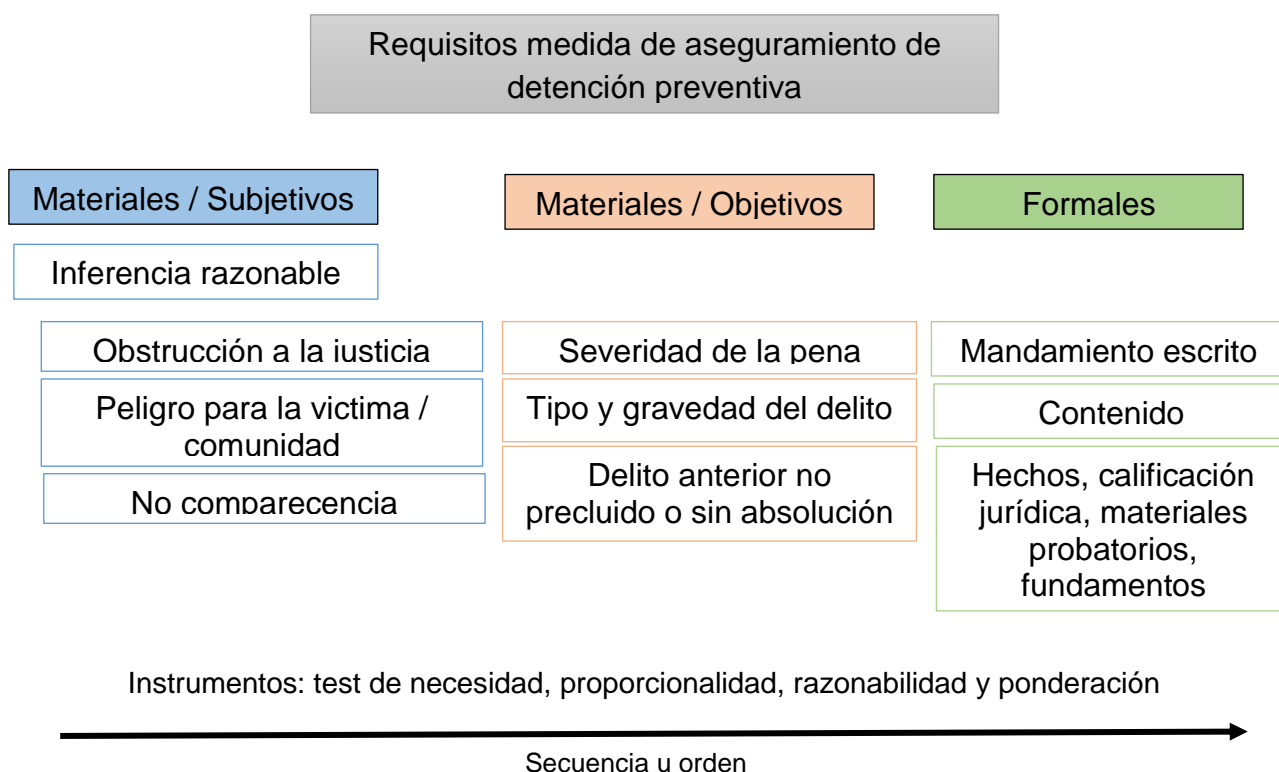
Ahora bien, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se interpreta que no hay un choque entre la medida de detención preventiva y la presunción de inocencia, pues dichas medidas por sus particulares características no son penas ni sanciones específicas.

- d. Los requisitos materiales y formales de la detención preventiva: reglas complejas que limitan el *ius puniendi* y brindan seguridad jurídica

Se evidenció en los hallazgos que la medida de aseguramiento debe estar sustentada en requisitos, los cuales pueden tener diferentes clasificaciones: formales y materiales, objetivos y subjetivos.

Figura 2.

Categorización de los requisitos de la medida de aseguramiento de detención preventiva en Colombia



Fuente: Autor

Los formales se refieren a aspectos de contenido y forma, pues supone que se adopte mediante providencia en la que se identifiquen hechos que se investigan, calificación jurídica y elementos probatorios que fundamentan la decisión. Entonces,

corresponde a la validez formal. Por otro lado, los requisitos materiales se encuentran descritos en el artículo 308 y ss del Código de Procedimiento Penal. Responden a los elementos de base para aplicar la medida de aseguramiento y son anteriores a los requisitos formales. Se desprenden de la solicitud de la medida de aseguramiento que hace la Fiscalía y su debida argumentación en base a los criterios desarrollados para cada uno de los casos o fines constitucionales y la evidencia, material o información recolectada, siendo la primera exigencia la inferencia razonable. Así mismo, la segunda categorización se refiere a los requisitos del artículo 308 y las normas que los desarrollan, así como los requisitos del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal. Se denominan subjetivos pues recae del análisis del imputado, su probable participación en la comisión del delito y la posición negativa de riesgo frente a la administración de justicia, las víctimas y la comunidad.

Ahora bien, se encuentra que los requisitos formulados dentro de la legislación para la medida de aseguramiento son esenciales y necesarios para la protección de los derechos fundamentales del imputado. En efecto, tienen una función de brindar seguridad jurídica al definir indicadores que sirven en los test de razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y ponderación que aplican los jueces para cada uno de los casos particulares. Sin embargo, no todos los elementos que estructuran los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento son producto de la actividad legislativa, siendo la jurisprudencia clave para re-finir las formalidades en este ámbito.

e. Los requisitos materiales y formales no son reglas estrictas y mecanizadas

Los hallazgos muestran que los criterios no pueden ser manejados de forma mecánica, sino que debe convertirse en un mapa de valoración por parte del Juez de Control de Garantías, y por ello se le permite un determinado margen de discrecionalidad para que explore y revise otros aspectos fácticos y sociales

resaltados por la jurisprudencia constitucional: personalidad, edad, condiciones socio-económicas. Al interpretar los requisitos materiales y formales como reglas estrictas y mecanizadas, se corre el riesgo de caer en graves violaciones a los Derechos Humanos, y por ello, se deben entender como criterios que obliga a las partes del proceso penal, especialmente ente acusador y Juez de Control de Garantías, un mayor esfuerzo de indagación, investigación y análisis considerando que se trata de una medida excepcional dada su posibilidad de vulnerar los Derechos Humanos.

- f. La figura del Juez de Control de Garantías: elemento esencial para la efectividad de la medida de aseguramiento de detención preventiva

Se observa que el Juez de Control de Garantías es una figura clave en el proceso penal, coherente con la tendencia regional de los sistemas punitivos, y significativo por el tipo de funciones que desempeña. El Juez de Control de Garantías se muestra como un instrumento que imprime mayor control al proceso penal, y con ello, afianza el cumplimiento de los fines de la justicia penal. Pero a su vez, es responsable que en la práctica se respeten los derechos fundamentales de las partes que intervienen en el proceso, y ello lo convierte en un mecanismo para el respeto de los instrumentos internacionales.

Como ya se ha indicado con anterioridad, los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento no pueden ser abordados desde una perspectiva mecánica y rígida, pues los mismos moldean de cierta manera la actividad del Juez en la primera etapa del proceso penal. Este funcionario debe reconocer de manera plena y profunda las normas relacionadas con la medida de aseguramiento de detención preventiva, así como sus requisitos de imposición. Además, dado el carácter evolutivo del Derecho, debe reconocer la interpretación que hacen los altos Tribunales sobre este tema en función de considerar elementos esenciales para dirigir su reflexión y análisis del caso.

- g. La naturaleza del homicidio culposo por accidentes de tránsito en estado de embriaguez: imprecisiones que persisten

En el análisis jurídico se observa que las modificaciones en torno al delito de homicidio culposo que se han realizado en los últimos años a nivel legislativo responden a una necesidad y una presión social dados los eventos desafortunados de muertes por accidentes de tránsito. En este punto se debe enfatizar en la dicotomía que se genera al momento de utilizar o bien la conducta culposa o bien el dolo eventual. Dependiendo de las características del caso, las circunstancias y los hechos comprobados, se tiende a la utilización de alguna de estas dos modalidades.

- h. La interpretación de los Jueces de Control de Garantías de los requisitos materiales y formales de la detención preventiva: algunas confusiones observadas

Se logra observar que los participantes entrevistados tienen una amplia confusión en cuanto a las categorías en que se dividen los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento. En efecto, cada pregunta realizada dentro de la entrevista tenía un triple propósito: 1. Reconocer la forma de comprensión en torno a los requisitos formales y materiales -incluyendo su debida diferenciación-, 2. Distinguir los criterios de interpretación extraídos desde la jurisprudencia que utilizan, y 3. Identificar los criterios de interpretación aplicados al caso en concreto. Valga señalar antes de referirse a cada una de estas categorías que los entrevistados hacen énfasis en la libertad personal como regla general y a la necesidad de contar con fiscales y abogados litigantes que hagan una tarea juiciosa, por un lado, para la petición de la medida de aseguramiento, y por otro, para desvirtuar las razones o argumentos del ente acusador. Denotan que en este tema la prueba juega un papel fundamental como también la argumentación debida.

En cuanto a la primera categoría –la comprensión de los requisitos materiales y formales y su diferenciación–, se encuentra una notable confusión: algunos equiparaban los criterios formales a los materiales, otros a los materiales a tan sólo los objetivos, o bien los materiales a los criterios subjetivos. Así mismo, los test de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y ponderación son asumidos como requisitos, cuando estos corresponden a medios de la actividad del Juez. Claro está, todo esto no implica un escaso conocimiento de los requisitos, pues todos se refirieron al artículo 308 y ss del Código de Procedimiento Penal, así como a la debida ponderación, razonabilidad y necesidad que se le debe aplicar a la medida de aseguramiento. Sin embargo, no hubo referencia a los requisitos formales y la forma en que deben adoptar la decisión de la medida de aseguramiento.

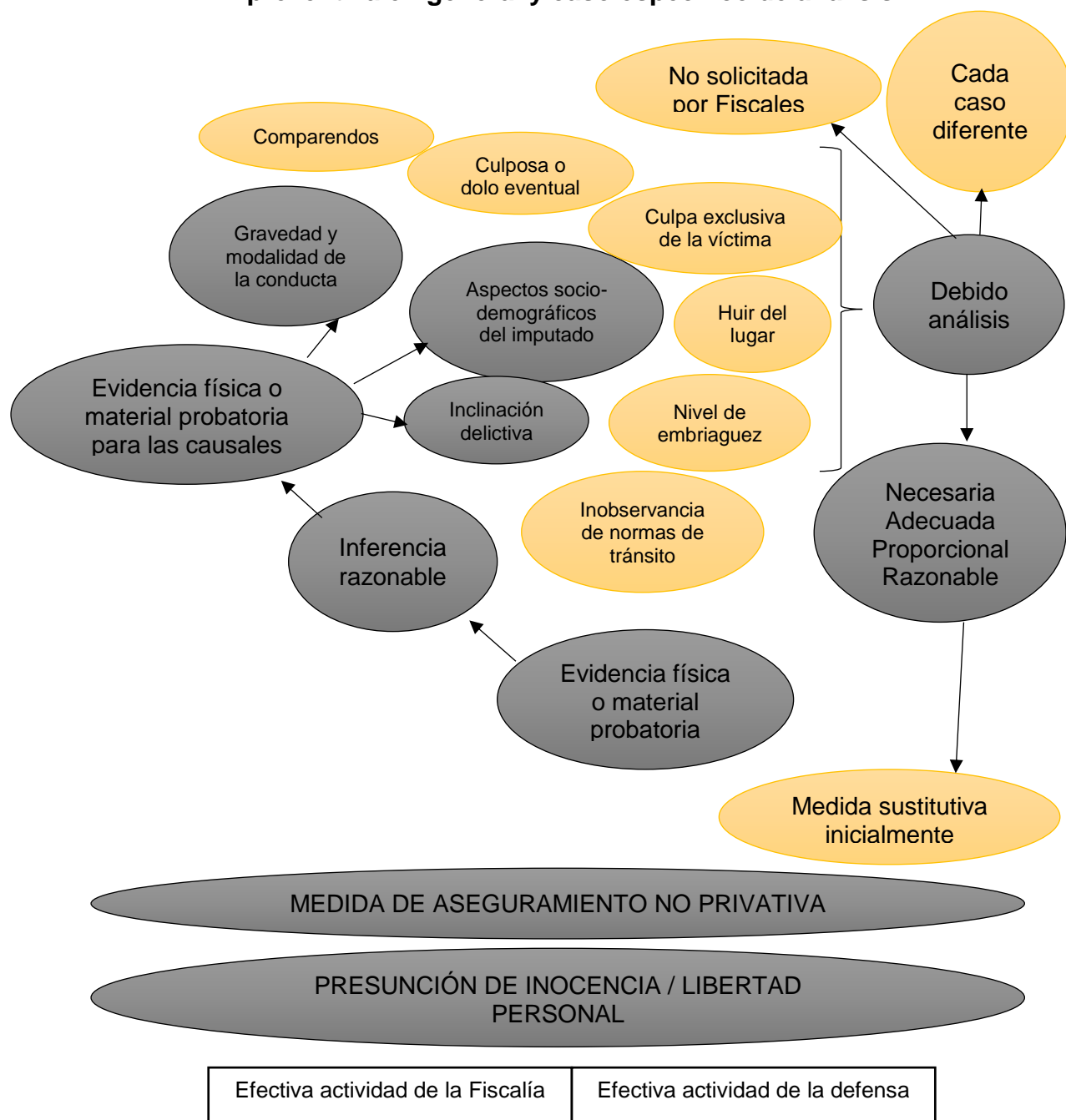
En cuanto a los criterios de orden jurisprudencial, los jueces hacen mención nuevamente a los requisitos señalados en la Ley pero advierten algunos elementos de interpretación exigidos por la Corte, por ejemplo, no utilizar la calificación jurídica como forma inmediata para la imposición de la medida de aseguramiento o la posibilidad de que la medida sea solicitada por la víctima a falta de petición del ente acusador. También los jueces se refieren de manera precisa a la inferencia razonable como un punto fundamental del cual parte la solicitud de medida de aseguramiento de detención preventiva. En este punto, los jueces convergen en señalar que los fiscales deben procurar por encontrar evidencia y material de prueba que lleve al Juez a una cierta convicción de que la persona es responsable o participe de la conducta punible investigada, pero además, y para imponer la medida de aseguramiento, evidencia también específica sobre alguna de las causales: obstrucción a la justicia, no comparecencia o peligro para la víctima o comunidad.

En cuanto a los criterios de interpretación utilizados para el caso específico de homicidio culposo en accidentes de tránsito por estado de embriaguez se encontraron diferentes criterios utilizados por los Jueces de Control de Garantías y que se sintetizan en la Figura 3. Allí se observa que la naturaleza del delito no les

impide seguir el principio fundamental de la presunción de inocencia y la libertad personal como regla general, así como el principio de la imposición de medidas no privativas o, en su defecto, las sustitutivas. Concuerdan en que cada caso particular presenta características diferentes, y en esa medida, se debe observar la gestión del Fiscal. Parte el proceso de la inferencia razonable, aunque en este tipo de casos por lo general se conoce al responsable. Por ello, centran su atención en la evidencia y los argumentos asociados a los requisitos subjetivos: obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia o protección de la víctima/comunidad. Dada la naturaleza del delito, no es fácil demostrar los fines y ello conlleva a que el Fiscal poco solicite la medida de aseguramiento de detención preventiva. Así mismo, se observa la aplicación de criterios referidos en capacidad probatoria, siendo estos el tipo de modalidad (culposa o dolo eventual: calificación jurídica), comparendos, inobservancia de las normas de tránsito, huir del lugar, entre otros.

Figura 3.

Esquema de criterios de interpretación aplicados por los Jueces de Control de Garantías para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en general y caso específico de análisis



Fuente: Autor

8. CONCLUSIONES

La medida de aseguramiento de detención preventiva constituye uno de los principales problemas para las ciencias jurídicas, y ello se debe, por un lado, a la defensa cada vez mayor de los Derechos Humanos como la libertad personal o la presunción de inocencia, y por otro, a la falta de una administración de justicia en materia penal que agilice y haga efectiva las sanciones penales previo juzgamiento con todas las garantías. Esta investigación abordó este tipo de problemas y encuentra en los requisitos materiales y formales una forma alternativa para superar los problemas arriba descritos. En efecto, los requisitos materiales y formales constituyen reglas que al ser respetadas limitan el riesgo de violar derechos fundamentales, pero así mismo, conllevan a mayores esfuerzos por parte del Estado para que desde los elementos materiales probatorios, evidencia física e investigación adelantada se proteja a la comunidad y a las víctimas de nuevos delitos o se garantice la justicia para aquellos que la demandan.

Aunque la investigación no termina por superar toda la discusión y confrontación que surge por la medida de aseguramiento de detención preventiva, sí logra demostrar cómo no se encuentra prohibida dentro de los instrumentos internacionales, y por tanto, su posibilidad de aplicación es válida a la luz del Sistema Internacional de los Derechos Humanos. Aun así, se reconoce como la medida de aseguramiento sólo puede tener efectividad siempre y cuando se cumplan con los fines para los cuales ha sido establecida y con arreglo de los criterios procedimentales señalados de manera taxativa en la Ley.

La legislación colombiana tiene una amplia regulación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual comienza con la Constitución Política, sigue la reglamentación a través de las normas jurídico penales, y termina en el abundante desarrollo de la jurisprudencia. Esto se adecua a las exigencias incorporadas en los instrumentos internacionales donde se pide que la medida de

detención preventiva sea regulada, inicialmente, por la misma Constitución Política dado relación conexas con el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia. Las normas legales que regulan la medida de aseguramiento de detención preventiva muestran que se trata de un instrumento o un mecanismo con el que cuenta el Estado como parte del *ius puniendi*, pero el impacto que tiene sobre los derechos fundamentales exige que sea enmarcada en un estricto control de legalidad.

Como se ha indicado, no solo en Colombia existe un debate acerca de la medida cautelar de detención preventiva, pues a nivel internacional, existen sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde en su mayoría reflejan que la presunción de inocencia no impide que se dicte una prisión preventiva pues se considera que la misma cumple una función constitucionalmente admisible. Esto conlleva a que los países de la región adopten esta medida como una opción para llevar a cabo su política criminal aplicando criterios similares sin mayores diferencias, lo cual se debe particularmente a que los estándares internacionales han servido de lineamientos para la regulación interna en cada uno de los Estados.

Se logra concluir además que hay un problema jurídico aún sin acabar que se sintetiza en la dicotomía medida de detención preventiva vs libertad personal y presunción de inocencia. Sin embargo, dicho problema es superado por el conjunto de reglas que recaen sobre la medida de detención preventiva desde la legislación, el carácter excepcional de la medida y la figura del Juez de Control de Garantías. Del mismo modo, se evidencia que Colombia no se aparta de la tendencia de otros Estados, quienes también incorporan la medida de detención preventiva a su ordenamiento jurídico constitucional y legal, con ciertas similitudes en el tratamiento de la misma.

Las normas del Derecho Internacional ofrecen elementos y criterios para la interpretación de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Al igual que

la legislación colombiana, parte de la libertad personal y presunción de inocencia como regla general, pero admite el uso de la figura de la detención preventiva. Prueba de la coexistencia de la presunción de inocencia y la prisión preventiva es que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos regulan no solamente la presunción de inocencia, sino también la posibilidad de privar de libertad al imputado durante el proceso. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la presunción de inocencia como un principio fundamental, pero prevén también la posibilidad de que el imputado sea detenido, siempre y cuando se cumplan con exigencias de muy variada índole.

Por otro lado, se tiene que la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva se fundamenta en requisitos formales y materiales, requisitos subjetivos y objetivos. Los requisitos formales son posteriores a los materiales, y se refieren a que la decisión adoptada por la autoridad competente, se haga a través de providencia en donde se incluya los hechos, la calificación jurídica, los argumentos sobre la procedencia de la medida y el material probatorio que evidencia la inferencia razonable y los fines. Por otro lado, los requisitos materiales son de tipo subjetivo y objetivo. Los primeros se encuentran referidos en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos: inferencia razonable, obstrucción de la justicia, protección de la comunidad o la víctima, y asegurar la comparecencia. Los segundos se refieren a determinados tipos de delito o a casos donde se revisa la gravedad de la pena o estar en curso en un delito que no ha precluido o no ha sido objeto de absolución. Como se observa, se tienen siete requisitos formales, pero sobre estos giran otros requisitos que se desprenden de la misma normatividad o la jurisprudencia, los cuales enriquecen y delimitan la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por último, se concluye que el Juez de Control de Garantías es una figura jurídica de vital importancia con la cual se mitiga el riesgo de graves violaciones a los

derechos fundamentales al ser un garante del cumplimiento de la Constitución Política, y por tanto, de los instrumentos internacionales. Así mismo, se concluye que no hay una claridad entre los Jueces de Control de Garantías del Distrito Judicial de Cúcuta respecto de la tipología de requisitos para la medida de aseguramiento de detención preventiva, pero reconocen los requisitos taxativos y no taxativos de la medida. Para el caso puntual de estudio, se observa que hay un énfasis especial en los requisitos subjetivos y la forma de argumentar y probar los mismos, por lo que la tarea de la Fiscalía es fundamental en este tema. Se considera cada caso como un escenario particular de análisis en donde se revisan aspectos como comparendos, inobservancia de las normas de tránsito, la huida del lugar, la culpa exclusiva de la víctima, entre otros.

9. RECOMENDACIONES

A partir de la investigación adelantada se hacen las siguientes recomendaciones:

1. Extender el estudio a otros actores o partes procesales implicadas a fin de mejorar la comprensión de los criterios de interpretación de los requisitos de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Se incluyen dentro de este grupo representantes del Ministerio Público, fiscales y abogados defensores. Un comparativo de criterios generaría una visión amplia del tema.
2. Centrar esfuerzos de investigación en las formas a través de las cuales se genera cohesión y articulación desde la misma práctica judicial. Aunque en este trabajo se abordó dicha temática, se considera fundamental un análisis más profundo desde un estudio particular.
3. Afianzar el conocimiento de los jueces de Control de Garantías en torno a los requisitos materiales y formales, y su debida categorización. Esto es importante pues manifiesta un adecuado abordaje de los requisitos.
4. La Fiscalía debe aunar esfuerzos en términos investigativos para llevar a cabo una eficiente gestión en términos de solicitud de medidas de aseguramiento de detención preventiva. En la creencia popular, se considera al Juez muchas veces como el culpable del poco logro de la justicia, pero son los fiscales bajo el sistema acusatorio quienes deben demostrar de manera precisa y clara los argumentos que se exponen.

10. ÉTICA

El investigador y autor de este estudio JUAN GUILLERMO FERNÁNDEZ MEDINA, respetó en todo momento los derechos de autor y la propiedad intelectual. Para lo anterior se hizo una debida citación de los libros, artículos, capítulos de libros, informes, normas legales, y demás que sirvieron de sustento para el cumplimiento de los objetivos de la investigación. Se consideraron normas como la Ley 23 de 1982 y la Ley 1403 de 2010. También se informó a los entrevistados que sus conceptos, apreciaciones u opiniones tenían fines académicos. Del mismo modo, se solicitaron los diferentes permisos para la aplicación de las entrevistas ante la autoridad competente.

11. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GARCÍA, Ana Dulce. Presunción de inocencia. México DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013.

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Presunción de inocencia: derecho humano en el sistema penal acusatorio. México DF: Instituto de la Judicatura Federal, 2015.

ANGULO, Guillermo. Captura Aseguramiento y Libertad. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1993.

ARANGO H., María Isabel. A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. (Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103). Revista Nuevo Foro Penal, 2010, v. 6, no. 75, pp. 231-242.

BARRERA S., José Noé. La medida de aseguramiento. Revista Derecho y Realidad, 2009, no. 13, pp. 175-190.

BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

BELMARES RODRÍGUEZ, Antonia. Análisis de la prisión preventiva. México : Universidad Autonoma de Nuevo León, 2003.

BERDUGO SAUCEDO, Pedro David. Código de Procesamiento Penal. Bogotá : Defensoria del Pueblo, 2008.

BUÑA BELEÑO, Alfredo y BULA BELEÑO, Enith. Críticas a la constitucionalidad de la detención preventiva en Colombia. Revista Actualidad Jurídica, 2014, v. 5, pp. 9-14.

CASSEL, Douglass. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la detención preventiva. Ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, 29 de agosto, 1995.

CASTILLO GARRIDO, Salvador. Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México? Revista Mexicana de derecho Constitucional, 2011, no. 25, pp. 31-57.

CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 19696 del 12 de octubre de 2000.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 del 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial No. 45.658, del 1º de septiembre de 2004.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 del 28 de junio de 2007. Diario Oficial No. 46.673 del 28 de junio de 2007.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1326 del 15 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47.411 del 15 de julio de 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 del 24 de junio de 2011.
Diario Oficial No. 48.110, del 24 de junio de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1760 del 6 de julio de 2015.
Diario Oficial No. 49.565, del 6 de julio de 2015.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1826 del 12 de enero de 2017.
Diario Oficial No. 50.114 del 12 de enero de 2017.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 26679 del 13
de abril de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-106 del 10 de marzo de
1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-395 del 8 de septiembre de
1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-549 del 30 de octubre de
1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001.
M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-123 del 17 de febrero de
2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1056 del 28 de octubre de
2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-730 del 12 de julio de 2005.
M.P. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005.
M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-827 del 10 de agosto de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 del 7 de junio de 2006.
M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-331 del 4 de mayo de 2007.
M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 del 30 de abril de 2008.
M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1198 del 4 de diciembre de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-289 del 18 de abril de 2012.
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-239 del 22 de marzo de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-704 del 4 de septiembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-695 del 9 de octubre de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-390 del 26 de junio de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-366 del 11 de junio de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2015. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-276 del 25 de mayo de 2016. M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-469 del 31 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 49734 (AP4711-2017) del 24 de julio de 2017. M.P.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Racionalización de la detención preventiva. Bogotá: Ministerio de Justicia de Colombia, 2013.

CONSEJO DE EUROPA. Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, Roma, Italia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia del 21 de enero de 1994.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Sentencia del 16 de agosto de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Sentencia del 7 de junio de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia del 22 de noviembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 1º de febrero de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia del 21 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia del 6 de mayo de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia del 23 de noviembre de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Resнду Cantú vs. México. Sentencia del 15 de mayo de 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Sentencia del 29 noviembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso J. vs. Perú. Sentencia del 27 de noviembre de 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014

CORTEZ, D. La construcción social del “Buen Vivir” (Sumak Kawsay) en Ecuador. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

CRUZ BOLÍVAR, Leonardo. Fundamentos de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano. Revista Derecho Penal y Criminología, 2012, v. 33, no. 95, pp. 69-100.

DÍAZ GARCÍA, Alexander. El juez de control de garantía frente al tratamiento de datos personales. Departamento de Justicia de los Estados Unidos. S.f. En línea. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090402_02.pdf [Consulta: 15/11/2017]

DUCE, Riego. La prisión preventiva en Chile. Santiago de Chile: Código Procesal Penal, 2015.

ECUADOR. CONGRESO NACIONAL. Ley No. 000, del 13 de enero de 2000.

EL PAÍS. Muertes en accidente de tránsito por consumo de licor preocupan a las autoridades. [En línea]. Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/cal/muertes-en-accidente-de-transito-por-consumo-de-licor-preocupan-a-las-autoridades.html> [Consulta: 28/07/2017]

ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO. Constitución Política de España del 6 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado No. 311, de 29 de diciembre de 1978.

FERNÁNDEZ, J. S. Responsabilidad Penal y Detención Preventiva. El Proceso Penal en Colombia Ley 906 de 2004. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2001.

FRANCIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.

GARCIA FALCONI, José Carlos. El derecho constitucional a la presunción de inocencia y la prisión preventiva en Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

GIORGIO, A. M. Medidas alternativas a la pena de prisión: la probation. Buenos Aires: Dunken, 2012.

GONZÁLEZ MONGUI, Pablo Elias. La Policía Judicial en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

HENAO CARDONA, Luis. ¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección? Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2004, v. 6, no. 2, pp. 501-533.

KOGAN, Enrique. ¿En qué país de América Latina mueren más personas en accidentes de tránsito? [En línea]. Recuperado de: <https://eldiariiony.com/2015/10/21/pais-america-latina-mueren-mas-personas-accidentes-transito/> [Consulta: 28/07/2017]

LA OPINIÓN. Durante 2015 fallecieron más de 5 mil personas por accidentes de tránsito. [En línea]. Recuperado de: <http://www.laopinion.com.co/colombia/durante-2015-fallecieron-mas-de-5-mil-personas-por-accidentes-de-transito-104699>. [Consulta: 28/07/2017]

LAZO ZAMBRANO, Azucena. Homicidio y lesiones culposas. Revista Médica de Honduras, 2005, v. 73, pp. 40-46.

LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. La detención preventiva. Revista Nuevo Foro Penal, 1980, v. 1, no. 6, pp. 25-40.

LOPERA, Juan, RAMÍREZ, Carlos, ZULUAGA, Marda y ORTÍZ, Jennifer. El método analítico como método natural. Revista Nomadas, No. 25.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. México: Porrúa, 2007.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno. Revista de Estudios de la Justicia, 2002, no. 1, pp. 9-54.

MEDINA CUENCA, Arnel. Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad. Revista IUS, 2007, vol. 1, no, 19.

MÉXICO. CONGRESO NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial del 5 de febrero de 1917.

MÉXICO. CONGRESO NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Nacional de Procedimientos Penales del 18 de junio de 2008.

NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Resolución 217A (III) del 10 de diciembre de 1948.

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966. Resolución N° 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Revista Ius et Praxis, 2005, v. 11, no. 1.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José. 22 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica.

PAÉZ RAMÍREZ, Daniel Felipe. La aplicación de los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad por medio del principio de integración en la medida

de aseguramiento por parte del Juez de Instrucción Penal Militar en Colombia. Tesis de grado. Universidad Militar Nueva Granada, 2015.

PALOMINO, Sally. En Colombia muere más gente por accidentes viales que por el conflicto. [En línea]. Recuperado de: https://elpais.com/internacional/2015/12/17/colombia/1450367463_511748.html [Consulta: 28/07/2017]

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Medidas de aseguramiento y reforma penal: una perspectiva desde los Derechos Humanos. Revista Derecho PUCP, 2010, no. 65, pp. 257-274.

RESUMIL, Olga Elena. Derecho Procesal Penal: limitaciones constitucionales al ejercicio del *Ius Puniendi*. Revista Jurídica - UPR, 2002, V. 71, No. 2.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004. Barranquilla: Universidad del Norte / Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

SOTO ROJAS, Dora y OSPINA LÓPEZ, Carmen. El rol del Juez de Control de Garantías en la audiencia preliminar de imputación. Tesis de grado. Universidad de San Buenaventura, Cali, Colombia, 2012.

TISNÉS PALACIO, Juan Sebastián. Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia (un estado constitucional de Derecho). Revista Ratio Iuris, 2011, v. 6, no 13, pp. 59-72.

TRIBUNAL EUROPERO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Neumeister. Sentencia del 27 de junio de 1968.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ilowiecki vs. Polonia.
Sentencia del 4 de octubre de 2001.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. El elemento subjetivo de la justificación y la graduación del injusto penal. Barcelona: PPU, 1994.

VELEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano. Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Medellín: Universidad de Antioquia, 2012.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, v. 37, no. 2, pp. 321-332.

ANEXO 1

RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS APLICADAS A LOS JUECES DE CONTROL DE GARANTÍAS

ENTREVISTA 1

Damos aplicación con el Doctor Ismael Valbuena Ortega, Juez 1° Municipal de Control de Garantías de Ambulantes del Distrito Judicial de Cúcuta para dar aplicación a la encuesta referente a la interpretación de los jueces de control de garantías de los requisitos formales y materias para la imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva.

Doctor la 1 pregunta es: ¿Cuáles son los requisitos formales para la imposición de medida de aseguramiento para la detención preventiva?

RTA: La ley 906 del 2004 en su artículo 295 hace referencia a la afirmación de la libertad, es decir, el respeto por la libertad que tenemos todas las personas y es decir que la privación o restricción de la libertad de un imputado tiene un carácter excepcional, es la última ratio, la última medida, la última alternativa a tomar, privar de la libertad a una persona y solo podrá ser interpretada restrictivamente es decir, en domiciliaria o intramural y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. Hay que hacer un test de proporcionalidad, decir porque es necesaria, porque es adecuada, porque es proporcional, razonable, porque así también lo exige la Ley 1760 del 2015, y esos requisitos además de esa afirmación de la libertad pues el artículo 296 hace alusión a la finalidad, el fin por el cual se restringe la libertad a una persona, el artículo 296, “la libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia o para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso o para proteger a la comunidad de las víctimas o para el cumplimiento de la pena”, y esa finalidad se desarrolló más ampliamente en el artículo 308 allí se conoce como requisitos subjetivos ahí ya vemos el 1er requisito formal que exista una inferencia razonable, el artículo 308 repito se conoce como requisitos subjetivos y trae 2 incisos, para imponer la medida de aseguramiento el juez de control de garantías a petición del fiscal general de la nación o su delegado decretará la medida de aseguramiento cuando los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos asegurados o la información obtenida legalmente se pueda inferir, inferir, es decir, la inferencia razonable que el imputado puede ser el autor o participe de la conducta delictiva que se investiga; ese es el 1er inciso pero

la Corte Constitucional en sentencia C1198 del 2008 señala que no basta únicamente con ese 1er requisito si no que siempre debe verificarse que se dé al menos uno de los 3 numerales ahí señalados: **primero** Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar el imputado obstruya el debido de la justicia, o que el imputado constituye un peligro para la sociedad o la víctima o tercero que resulte probable que el imputado no comparecerá el proceso o no cumplirá la sentencia, eso hay que desarrollarlos, decir porque la persona es un peligro para la sociedad o la víctima o porque es necesaria para evitar que obstruya el debido ejercicio de la justicia, o que no va a comparecer el proceso y la fiscalía tiene que en su intervención demostrar a través de los numerales primero que los desarrolla el artículo 309, el numeral segundo lo desarrolla el artículo 310 y 311 y el numeral tercero lo desarrolla el artículo 312, allí también trae como le exige la corte 2 incisos, primero hay que analizar la gravedad, la modalidad de la pena, la conducta como tal y además los numerales que cada uno de estos artículos establece, ese el 1er requisitos subjetivos, el segundo requisito formal es el del artículo 313, requisito objetivo, y el artículo 313 establece que procede satisfecho los artículos señalados en el artículo 308 que acabamos de definir procede la detención preventiva en el estrato carcelario en los siguientes casos y hay 4 numerales, el primero los delitos de competencia, los jueces penales del circuito especializado, es decir, se cumple los requisitos subjetivos y se el numeral primero, segundo o tercero de ese artículo procede la detención preventiva, el más común también es el numeral segundo en los delitos investigables de oficio que la mayoría de estos delitos del código penal son investigables de oficio el mínimo de la pena registrada por ley sea de 4 años o en los delitos que se refiere el título 8vo del libro segundo del código penal cuando la defraudación sobrepasa la cuantía de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y cuarto cuando la persona haya sido capturada por conducta constituida de delito contra mención dentro del lapso de los 3 años anteriores contados a partir de la nueva captura o imputación siempre que no se haya producido la percusión, absolución en el caso precedente básicamente esos son los requisitos para imponer una medida de aseguramiento.

Doctor la 2da pregunta: ¿Cuáles son los requisitos materiales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en general?

RTA: Como ya referimos los requisitos se subdividen en requisitos subjetivos y objetivos, los subjetivos del artículo 308 y los objetivos del artículo 313 además se debe analizar las evidencias, los documentos, los soportes que tiene en ese momento la fiscalía para determinar la comisión probable de un delito y se debe verificar objetivamente este material que se cumpla cualquiera de los numerales si es un delito circuito especializado o cuando el mínimo de la pena prevista por ley

sea de 4 años, esos son del artículo 313 además del test de proporcionalidad del artículo 295 que hace alusión a que si la medida es necesaria para proteger a la comunidad o para lograr la comparecencia del imputado en el proceso, para incumplimiento de la pena que es adecuada porque se han cumplido los requisitos constitucionales, legales, exactamente los del artículo 29, 28, 32 constitucional y el 295 y subsiguientes incluido el 314 que hay revisarlo para de la Ley 906 del 2004 para imponer una medida de aseguramiento, es decir, de detención preventiva en general por que el artículo 314 también haciendo el test de proporcionalidad debemos verificar, primero que no procede una detención no privativa de las contempladas en el artículo 315 porque no se trata de un delito querellable, porque ese delito trae pena de prisión privativa de la libertad y que además la pena a imponer señalada en la ley sea inferior a 4 años, es decir, haciendo el test de proporcionalidad no procedería la no privativa, en cuanto a una detención domiciliaria pues había que revisar el tenor del artículo 314 que fue modificado por la Ley 1142 del 2007 en su artículo 27 que no está dentro de las 5 causales allí enumeradas, 5 causales allí establecidas, es decir, que el imputado fuera mayor de 65 años, que la imputada se falten 2 meses o menos para dar a luz o que está en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médico o cuando si es imputado o imputada de padre o madre cabeza de familia, pero hay que analizar también el párrafo de ese artículo que establece no proceder a la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria cuando la imputación se refiere a los siguientes delitos: los de competencia los jueces penal del circuito especializado o quien haga sus veces y traiga un listado de todos ellos, verificarla ante la orden de la sentencia **C11318** del 2008 que la corte señalo que se puede imponer una detención domiciliaria siempre y cuando el peticionario fundamente en concreto que está dentro de las hipótesis de los numerales 2,3,4 y 5, esos son básicamente los requisitos materiales que hay que verificar.

Doctor la tercera pregunta corresponde: ¿Cuáles son los criterios de interpretación jurisprudencial para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva?

RTA: La Corte Constitucional en la sentencia **C1198** del 2008 establece que siempre debe verificarse que se dé al menos 1 de los numerales no basta con que se traiga suficiente evidencia o material probatorio como puede ser ordenes de captura o puede ser el formato de noticia criminal o el formato de captura en situación de fragancia, el acta de hechos de capturado, la identificación individualización de la persona, incautación de elementos entre otros, un materia probatorio suficiente si no que siempre dice que se debe verificar que se dé al menos

1 de esos 3 numerales del artículo 308 y que establecen como ya hemos dicho desarrollado en el 309, 310, 311 y 312 allí también debemos verificar que se dé al menos uno de los numerales por ejemplo el artículo 310 desarrollo el numeral segundo el peligro para la comunidad hay que verificar si lo dice la corte en esta sentencia y la Ley 1142 del 2007 el artículo 24 que fue recientemente modificado por la Ley 1423 del 2011 artículo 65 y la actual 1760 del 2015 que unifico esos incisos, numero 1: hay que verificar la gravedad de la conducta, la modalidad porque es diferente en el caso de un borde que el porte lo haya cometido una persona para cometer otro delito como el hurto, o que lo cometa totalmente distinto un vigilante que esté haciendo alguna labor ilícita entonces hay que analizar todo eso: la modalidad de la captura, o diferente un hurto cometido por una persona por raponaso, a otro cometido el mismo delito en un celular por 2 personas utilizando de pronto un arma de fuego o un cuchillo todo eso hay que analizar la modalidad y además la pena a imponer diferente a una pena de prisión de 4 a 6 años a una pena minima por ejemplo a porte de 9 a 12 años y si se dan los agravantes que implica quedaría de 18 a 24 años conforme lo establece el código penal, entonces esa modalidad pues agrava más el delito como tal y la pena a imponer que hay que tener en cuenta y verificar si la persona, por ejemplo en el numeral primero es proclive a la comisión de delitos, si tiene antecedentes ya ingresados, si tiene anotaciones en la fiscalía por otra clase de delitos o por el mismo, también si le da imponer un solo delitos a una persona o a otra que se le imponen dos por ejemplo hurto calificado agravado con porte ilegal de arma de fuego así lo dice el numeral segundo, o el hecho de estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito preterintencional así tiene una detención domiciliaria que ya se la habían concedido, etc o el cuarto la existencia de una sentencia condenatoria, el numeral quinto cuando se usa arma de fuego o arma blanca, si hay algunos de esos numerales pues procede así dice la corte pero hay que analizar en conjunto no es imponer por imponer si no verificar que efectivamente o que no tiene arraigo frente aquí a la frontera, una persona que viene de Venezuela comete un hurto y se va, cual es el negocio su familia no tiene aquí una dirección, todo eso el juez de control de garantías lo debe verificar, y para imponer una mero restrictiva una detención no privativa a una detención no privativa pues el 315 y el 314 lo mismo, el 314 la Corte en esa sentencia **C318** de 2008 dice que el abogado o la defensa que peticione debe fundamentar que está en curso en alguno de esos 5 numerales es decir cuando el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición en atención a la vida personal, laboral, familiar, social o que está dentro de las causales como el 2 que si

es mayor de 65 años que se le puede dar una domiciliaria o cuando si es mujer le faltan 2 meses o menos para dar a luz o si está en estado grave por enfermedad pero tiene que traer el dictamen del médico legista o si es padre o madre cabeza de familia según los requisitos de la Ley 750 de 2002.

Doctor última pregunta: ¿Cómo juez de control de garantías, cuando se trata de delitos de homicidios culposos por accidente de tránsito en estado de embriaguez cuál es su criterio desde el punto de vista legal y jurisprudencial para decretar la medida de aseguramiento?

RTA: Actualmente se debe analizar que se cumplan los fines constitucionales es decir la necesidad, la adecuación, proporcionalidad, razonabilidad consagrados como ya se ha dicho en el artículo 295 de la Ley 906 de 2004, concordantes con las sentencias **C1198** del 2008 y el radicado 30942 del 2009 de la Corte Suprema de Justicia también la 1760 del 2015 artículo segundo y parágrafo “ el juez de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configuran los requisitos para aplicar la medida de aseguramiento sin tener en consideraciones exclusivamente la conducta punible que se investiga, es decir, si tiene antecedentes por el mismo delito valga el caso por varios comparendos pendientes ante las autoridades de tránsito, diferente, cada persona que comete un delito las circunstancias de modo, tiempo y lugar varían la complejidad del hecho lo mismo del delito, y como ya hemos señalado si lo reitera la corte la imposición de una medida receptiva de la libertad es en establecimiento carcelario es decir consagrado en el artículo 307 literal numeral primero se deben siempre agotar todos los requisitos como ya hemos referido es la última pena a imponer, diferente un accidente de tránsito de una persona que conduzca normal y por imprudencia del peatón pues se ocasione el delito esta persona conductor le presta la debida asistencia, lo auxilia y va normal, contrario a eso una persona que va embriagada ocasiona el accidente, se va del sitio, evade la responsabilidad, todo eso hay que entrar a verificar.

ENTREVISTA 2

Buenos días me encuentro con el doctor Yant Karlo Moreno Cárdenas quien es el juez primero penal municipal con función control de garantías del municipio de la ciudad de Cúcuta.

Doctor Yant Karlo la primera pregunta ¿Cuáles son requisitos formales para la imposición de medidas de aseguramiento para la detención preventiva?

RTA: Gracias Guillermo, buenos días, Guillermo lo primero que tenemos que decir es que la ley 906 del 2004 bajo el nuevo sistema con tendencia acusatoria, establece que la afirmación de la libertad en el artículo 195 que debe ser interpretada receptivamente o sea que las reglas generales de la libertad y la excepción viene siendo la privación de la libertad, que de pronto en Colombia se haya... volteado en si la carga por el ingreso indebido al incremento a las conductas delictivas, no se trata de pronto que el legislador trajo un ideal ...un ideal establecido en derecho alemán derecho francés, pero de mi sugerencia se trata de que casi la mayoría de la audiencias que vemos no uno preside siempre va la mayoría viene siendo imposición de medidas de aseguramiento, pero el código dice que debe ser excepcional, y siempre tiene que alcanzar unos fines constitucionales, como dice el artículo 296 para evitar obstrucción de la justicia según la comparecencia del imputado al proceso en perfección de lo ocurrido en sus víctimas o por el incumplimiento de la pena, por requisitos formales los establece también el artículo 308 de la ley 906 de 2004, eeeehhh también hay que aclarar que de pronto si hubiese trabajo es para la comunidad también, aclararle a la comunidad que los jueces no son los que imponen la medida de aseguramiento pero que siempre hacia un autor de alguna de las partes, eehhh viene siendo en este caso a solicitud de la fiscalía y cuando no lo solicite la fiscalía la jurisprudencia lo ha dicho que la víctima la puede solicitar por cuanto ese es un conocimiento errado que los medios de comunicación le están llevando a la comunidad en vez de decir que el juez no impuso las medidas sino agravamiento post delito, cuando en verdad es que la fiscalía solicitó medidas de aseguramiento o el juez impuso medidas de atención preventiva mediante el lugar de residencia, entonces siempre le cae es al juez y no a la fiscalía que es la que solicita, porque uno debe partir de una regla, si la fiscalía eeehhhh solicita medidas de pronto de prevención escarcelario el juez de allí hacia abajo las puede imponer, sea lugar de residencia sea una no privativa de libertad, pero si la fiscalía solicita en lugar de residencia el juez no puede imponer una más efectiva, o sea es una aclaración, el artículo 308 dice después de El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento, dice que eehh uno de los requisitos es que exista inferencia razonable, una inferencia razonable ¿de qué? De autoría o por participación, la persona de autor o coautor, un cómplice un partícipe de un delito, pero esa inferencia debe surgir de unos elementos materiales probatorios evidencia física, información legalmente obtenida o actos de convicción, de que esa persona pueda ser, ese el primer el primero de los requisitos para imponer ehhh una medida

aseguramiento. En el mismo artículo dice que siempre y cuando se cumpla algunos de los siguientes requisitos son los fines constitucionales que la medida de aseguramiento sea como necesaria para evitar que el imputado que obstruya el debido al ejercicio de la justicia, el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

La fiscalía es la que hace esa solicitud y ya empiezan a desarrollar que numeral quiere o que numeral piensa que el imputado va incumplir, en este caso, si es peligro para la comunidad habla el artículo 310 si es peligro para la víctima artículo 311 si es peligro para no comparecencia es artículo 312. Esos vienen siendo como los requisitos subjetivos para la imposición de medidas de aseguramiento, otros requisitos, el requisito de objetivo en el artículo 313, que en los delitos de competencia los jueces penales de circuito especializados, todos sabemos que los juzgados especializados son los que conocen los delitos más graves que se presentan en el ordenamiento jurídico colombiano, en el numeral segundo dice los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, aquí hay que aclarar algunos se trata de la pena a imponer sino la pena mínima del delito, la jurisprudencia ya ha dicho que hay que tener en cuenta los dispositivos amplificadores o los que disminuyen eso, como en el caso si la persona es un cómplice no van a mirar el delito la pena mínima del delito sino tienen que disminuirle en el caso él, en el numeral tercero cuando se refiere al Título VIII del Libro II del Código Penal es decir, cuando la defraudación sobre el Estado, delitos de corrupción que sobrepase cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por último, en esos pro artículos objetivos, cuando la persona sea reincidente cuando haya sido capturado por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente. Esos vienen siendo los requisitos formales para la imposición de la medida de aseguramiento.

Doctor Yant, la segunda pregunta, ¿Cuáles son los requisitos materiales para la imposición de medidas de aseguramiento de detención preventiva en general?

RTA: Bueno los requisitos materiales ya dijimos, no solamente es que la fiscalía enuncie y hable por decir, sino debe constar en unos elementos materiales probatorios y evidencia física, acto de convicción, entonces material ya es cuando el juez empieza a verificar si existe una declaración de testigo bajo la cedula de identidad, entonces el juez ya procede a verificar el contenido de esa declaración o

en la mayoría de los casos el informe de casos de envueltos en fragancia el informe de investigación de campo sobre si es un arma, sobre si es una sustancia estupefaciente, eso para inferencia razonable tiene que basarse en elementos materiales probatorios, evidencia física, actos de convicción. En cuanto a los otros requisitos, también no se prospecte que la fiscalía hable por hablar en denunciar, sino si está diciendo que por ejemplo que la persona está obstruyendo la justicia un requisito que material es que actos está ejecutando para obstruir la justicia, no decir simplemente es que la persona maneja cierto rol de mando en una empresa entonces puede obstruir, no tiene que allegar documentos, llamadas telefónicas o mensajes de texto, cualquier evidencia que pueda indicar que la persona pueda obstruir la justicia, de igual forma el artículo 310 para el peligro para la comunidad, ya hubo una modificación con la Ley 1760 de 2015 porque habla de un peligro futuro, no habla de un peligro en ese momento, sino de un peligro a futuro para la seguridad de la comunidad, uno tiene que hablar de la gravedad y modalidad de la conducta punible, anteriormente los jueces hablaban solamente eso, de que la gravedad y modalidad de la conducta punible pero el mismo artículo establece que se deben valorar otras circunstancias y los desarrollan, las sentencias que vemos del 98 al 2008 de la Corte Constitucional establecía eso, de que el juez debía verificar que se cumplieran los demás factores establecidos en cada artículo, en este caso en el artículo 310, si la persona continuaba con su actividad delictiva o que estaba vinculados con organizaciones criminales, en estos casos yo siempre llamo la atención de los fiscales porque dicen eso, que la persona presuntamente es de una banda delincuencia, entonces un requisito material para probar esto es que existe inteligencia por parte de las diversas entidades de inteligencia del Estado en que digan mire este el organigrama de esta banda criminal y él está en este mando, él está en tal actividad, pero la fiscalía siempre le da por decir, y yo siempre descarto ese numeral o esa segunda hipótesis de probable vinculación con organizaciones criminales, porque él debe estar aunque sea que haya una inferencia sobre eso. También cuando es el número de delitos que se le imputan de naturaleza de los mismos, a veces algunos fiscales con un solo delito lo dicen, pero el numeral habla de una pluralidad de conductas. El hecho de estar disfrutando de mecanismos dispositivos la pena privativa de libertad por delito doloso o preterintencional; lo mismo, todo tiene que ser sustentado en documentos materiales probatorios, no es que realice una llamada y la persona presuntamente, no tiene que allegar el documento que diga que la persona estaba disfrutando un mecanismo sustitutivo, de igual forma la existencia de sentencia acumulatoria no basta con una información de la fiscalía que siempre llegan de anotaciones judiciales, sino la ley dice que los antecedentes son información suministrada por la SIJIN, que ella es la encargada la única encargada de llevar los antecedentes penales. Entonces todos esos

numerales vienen siendo requisitos materiales como tales, tienen que tener evidencia dentro del proceso. Otra de las implicaciones que trajo la Ley 1760 es el parágrafo del artículo 308, que dice que la calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, o sea de que quisieron imponer parar las interpretaciones que hacían a diversos jueces y diversos fiscales en sus solicitudes de que simplemente tenían que verificar es la gravedad del delito, pero había que mirar la situación en concreto, este parágrafo fue un punto de pare para los jueces que no miraran nada más la calificación del delito sino también los otros aspectos desarrollados por cada norma. También...

Doctor Yant Karlo la tercera pregunta...

Perdón Guillermo, también otro de los requisitos materiales vendría siendo los objetivos, cuando el delito está expresamente excluido, si es un delito contra una menor de edad de la Ley 1098, ya sea homicidio, secuestro, delitos contra la libertad de información sexual, la misma norma establece, que la única medida solicitada a imponer es de establecimiento carcelario, detención preventiva en establecimiento carcelario, estos son otros requisitos objetivos que podemos mirar.

Listo, doctor Yant ¿Cuáles son los criterios de interpretación jurisprudencial para la imposición de medidas de aseguramiento de prisión preventiva?

RTA: Si, los criterios son los fines constitucionales, los fines constitucionales que la medida sea razonable, que sea adecuada, que sea proporcional y que sea necesaria, eso lo dice el artículo 295, dice que solo podrá interpretada restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales. La jurisprudencia lo ha desarrollado y ha dicho cuándo debe ser necesaria y en resumen dice que es necesaria para alcanzar los fines constitucionales o sea que la medida sirva para alcanzar el fin de constitucional que se va a perseguir, si es para la obstrucción de la justicia, si es para evitar peligro para la comunidad, si es para peligro para la víctima, si es para la no comparecencia, ehhh que sea adecuada, es decir, que la medida se encuentre establecida dentro del Código de Procesamiento Penal, porque yo a un delito de pena inferior a cuatro (4) años no le puedo poner una medida de aseguramiento prisión preventiva porque no lo permite el ordenamiento jurídico, entonces que sea adecuada, que sea proporcional, entonces acá debe la jurisprudencia dice que entre un juego la libertad de una persona versus los derechos de las personas, ya sea víctima o de la comunidad, y razonable, razonable

dice la misma norma frente a esos contenidos constitucionales, si es un delincuente primario, si es un delincuente residente, ya el juez de control y garantías entra a verificar esos factores, y la primera jurisprudencia que hablo sobre eso fue la C-1198 del 2008.

Doctor Yant, como juez de control de garantías cuando se trata de delitos de homicidio culposo por accidente de tránsito en estado de embriaguez, ¿Cuál es su criterio desde el punto de vista legal y jurisprudencial para decretar la medida de aseguramiento?

RTA: En primer lugar Guillermo cada caso es diferente, no podemos englobar de que siempre los delitos de homicidio culposo y en este caso está incluido un agravante que es el estado de embriaguez que es el numeral primero, no hay que englobarla ni hay que enmarcarla que siempre va a ser procedente una medida de aseguramiento hay que mirar cada caso en concreto, pero si como esta entrevista es a título personal, yo diría que en primer lugar se impondría una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, ¿Por qué? porque hay que mirar la situación social del país, la situación social de las cárceles como se encuentran hoy en día, la situación social de la persona que sí que cometió un homicidio pero hay que verificar las razones las cuales la jurisprudencia también ha dicho que están entre las personas que estaba manejando bajo los efectos de sustancias estupefacientes en este caso embriaguez estaría entre un homicidio culposo y uno de dolo eventual, entonces también dependiendo de la imputación que haga la fiscalía y que se cumplan esos requisitos de dolo eventual pues cuando ya es con dolo eventual ya la medida de aseguramiento viene hacer más restrictiva, pero recuerde que el juez es un tercero y es conforme a las solicitudes que haga la fiscalía, y en mi experiencia la mayoría de veces es la fiscalía en esos casos de homicidio culposo en accidentes de tránsito por embriaguez lo que solicitan es una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

Doctor por último, alguna observación comentario respecto al tema.

RTA: Si sería bueno que maneja entre su tema lo que le acabe de denunciar esa, esa, esa, ese punto de equilibrio y de quiebre y de límite de homicidio culposo en estado embriaguez con el dolo eventual, que establezca si de pronto no es un tema aunque sea un capítulo sobre las diferencias porque en temas en Colombia pues jurisprudencia sobre dolo eventual son escasas son como cuatro (4) jurisprudencias nada más que se han desarrollado, pero sería bueno si de pronto usted puede traerlo doctrina o de otro país, puede traer derecho comparado, sería bueno tener

ese material disponible no solo para los estudiantes, sino para el profesional del derecho como nosotros los jueces de garantías que tenemos en cuenta que hay poco tema sobre eso, a veces uno tiene que ir a derecho comparado ir a otros países a diversos autores doctrinas para llenar ese vacío que aquí se está presentando.

Bueno doctor Yant muchas gracias.

ENTREVISTA 3

Buenas tardes me encuentro con el juez del juzgado tercero penal municipal con función de control de garantía con el doctor Hernando Rafael Sarmiento Castro para dar aplicación en la encuesta de trabajo de maestría con el tema interpretación de los jueces de control de garantía de los requisitos formales y materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Doctor Hernando la primera pregunta es ¿cuáles son los requisitos formales para la imposición de medida de aseguramiento para la detención preventiva?

RTA: De acuerdo a la pregunta en que usted hace teniendo en cuenta debemos partir de interactivo categórico institucional de artículo 250 el cual establece efectivamente ehh los parámetros de la afectación de la libertad, y finalidad de la restricción de la libertad dentro de la actividad formal eh para la medida de aseguramiento tiene como consecuencia la presencia del individuo al proceso y esta se determina como se desarrolle del artículo 250 en la precisión de la afirmación de la libertad artículos 295 y 296 del código de procedimiento penal donde efectivamente la libertad siendo un principio general y como principio general prima sobre toda los derechos fundamentales este solamente excepcionalmente puede privar de la libertad una persona pero entendiendo que este debe ser necesario adecuado proporcionable razonable frente a lo entendido constitucional, por eso el operador judicial cuando va a imponer una medida aseguramiento tiene que mirar los requisitos formales los cuales están autorizados por necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, para entender de que la persona puede obstruir la justicia, es un peligro para seguridad de la sociedad o de la comunidad o efectivamente hay una amenaza sobre las víctimas y fundamentalmente que no compadecerá al proceso frente a la alteración de los elementos materiales de prueba que en la obstrucción de la justicia lleva una conclusión concreta en relación a que la persona que tenga directamente potestad categórica mando pueda modificar la prueba que le sirva para acusarlo por ejemplo en los delitos de

especulado prevaricato donde el juez es el autor como y directo ordenador de los gastos y enfrente del despacho él puede modificar ya que hay un sometimiento por parte de los empleados al vicio la por posición del juez entonces la obstrucción a la justicia es un principio fundamental para tener en cuenta al momento de imponer formalmente una imposición de medidas aseguramiento que tienen pueden utilizarse varias de ellas el peligro para la seguridad de la sociedad.

El anterior está consagrado en el artículo 309 el cual indica cuales son los parámetros del mismo cuando se habla del peligro de la sociedad para la comunidad lo gradúa en la modalidad de la gravedad de la conducta punible en el artículo 310 pero además de ello como hay un espacio dentro de las modificaciones de las normas de la Ley 1760 establece un párrafo nuevo en el artículo 308 de son los materiales e formales ellos conlleva a que efectivamente se habrá una puerta como es la calificación jurídica por que la calificación jurídica determina si el delito ese grave hay un juicio reproche o esta materialmente contemplado en un grado de inferioridad de validez de la conducta, que quiere decir esto, que hay una conducta que tienen un elemento sustantivo más grave que otras si entonces de acuerdo a ello el legislador ha querido decirle que no se tenga en cuenta la calificación en el momento de imponer una medida de aseguramiento sino el hecho o la situación táctica como tal pero una conducta de narcotráfico en una cantidad superior en un acto que así la calificación jurídica sea en narcotráfico es imperioso que se haga el análisis efectivo frente a la gravedad de la modalidad de la conducta punible que se tenga que analizar algunos de los puntos del artículo 310 conlleva específicamente determinar son factores los objetivos que están relacionados en la fiscalía pues tendría que exponerlo para que el juez hiciera tuviera que hacer el análisis propio de la gravedad y modalidad de la conducta punible frente al peligro de las víctimas.

Como el Estado colombiano es un Estado complejo donde la violencia ha generado un cambio total y radical en todas las épocas y ahora estamos viendo el efectivo de la paz de la guerrilla conlleva específicamente a que la persona está vinculado a un proceso que sea víctima no vaya a tener una alteración posterior con amenazas o cualquier una situación que le haga cambiar a él su posición dentro del proceso, estas amenazas tienen que ser cierta y en Cúcuta tenemos esta capacidad ya se volvió fuego de pelados amenazar para que la persona adquiriera miedo credencial frente a determinado persona de barrio el peligro de fuga o la no comparecencia la Corte en sentencia del doctor Soyas Salamanca en su artículo 312 establece el peligro de fuga más de la gravedad de la modalidad conducta impugne la corte ha sostenido que efectivamente la sentencia concreta sentencia 635943 de 22 junio

2011 la corte ha sostenido que además de la gravedad de la modalidad de la conducta punible que establece el peligro para la sociedad y la comunidad deberá demostrarse la arraigo la gravedad daño causado la actitud del imputado que asume frente a esta o comportamiento del imputado que en el procedimiento anterior hallan indicado permaneciera el poder a la justicia pero parte de esta premisa justicia concreta del doctor soya salamanca y el que quede dentro de delitos de penas altas una persona que se va a obtener la libertad no se presentara al proceso ¿porque? Una persona que va ser condenada 12 y 14 años no se hace presente el proceso así tenga un arraigo pero es fundamental determinar el arraigo y es la donde se aferra la persona para poder cumplir como una medida formal de imposición como una medida de aseguramiento.

En la segunda pregunta es ¿cuáles son los requisitos materiales para la imposición de medida de aseguramiento detención preventiva en general?

RTA: Los requisitos materiales de la imposición de la medida de aseguramiento como son el factor objetivos de la imposición de la medida de aseguramiento están grabados en el artículo 313 del código procedimiento penal y fundamental como lo dice la misma norma satisfecho los requisitos señalados en el artículo 308 que son los que acabamos de analizar procederá de detención preventiva en el establecimiento carcelario en los siguientes aspectos porque es material estos aspectos son factivos concretos son inmodificables primero que sea competencia de la justicia penales especializada cuando los delitos son competencia de la justicia penal especializada amerita detención preventiva detención en el establecimiento reclusión como los delitos sean iguales o superiores a 4 años la pena a imponer pena mínima también son objetos de medida aseguramiento y detención preventiva como los delitos del que refiere los títulos en octavo del libro segundo del código penal que son los derechos de autor estos delitos también ameritan detención preventiva en el establecimiento de reclusión o como lo hace el numeral cuarto donde las normas de la ley ciudadana modifico este estructurado o que una persona tenga los tres años anteriores haya sido capturado por delitos doloso o contra jurisdiccionales la contra versión no genera captura por delito doloso si entonces una persona en tres años anterior haya sido capturado mínimo en varias oportunidades a medida de detención preventiva en el establecimiento carcelario por que el articulo 13 habla de estos factores materiales y objetivos estos son los únicos que ameritan detención preventiva en el establecimiento de reclusión cuando no amerita en detención preventiva en establecimiento de reclusión no es aplicable los presupuestos del articulo 307 literal a por que corresponde al artículo 315 del código del procedimiento penal donde es aplicable los numerales del literal b del

artículo 307 o sea se impone una medida no privativa de la libertad porque no cumple un los requisitos del artículo 313.

¿Cuáles son los criterios de interpretación jurisprudencial para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva?

RTA: La interpretación jurisprudencial como bien lo digo ahí es múltiple manifestaciones por parte de la jurisprudencia pero se concretiza en efectivamente en que la medida de aseguramiento respeta el principio fundamental de la presunción de inocencia que efectivamente se tiene estos elementos son taxativamente por de acuerdo a la competencia de los jueces de acuerdo a la pena de acuerdo a los delitos de autor de acuerdo a la renuencia del delito a que esta persona hace necesaria la persona hace presencia en el proceso para que responda en el juicio criminal pero la medida de aseguramiento no es un acto de responsabilidad aunque la base fundamental de la corte en jurisprudencia natural es que exista una inferencia razonable para que se pueda ventilar todos los presupuestos de los artículos 306, 307, 308 y del 309 al 3012 como 3013 del código del procedimiento penal ese es el fundamento racional porque no existe inferencia razonable autoría sin o con posterioridad se modifica esa inferencia no es la persona deja de ser un peligro para la seguridad como tampoco autoridad a la justicia y no necesita presentarse en proceso por que el proceso no tendría cabeza y terminaría anticipadamente.

Como juez de control de garantías cuando se trata de delitos de homicidios culposos de accidentes de tránsito en estado de embriagues ¿cuál es su criterio desde el punto de vista legal y de jurisprudencial para decretar la medida de aseguramiento?

RTA: La medida de aseguramiento tiene una convalecencia muy concreta en los delitos culposos viene a gravarse culposos tienen una pena muy baja hace que la persona no amerite de detención preventiva en el establecimiento de reclusión y que se haga y se impugne la posible responsabilidad o no cumple con la sentencia por eso la graduación del artículo 210 del código penal estableció a raíz de todas las circunstancias estamos acostumbrados a legislar solamente cuando pasa las cosas porque si no hay un alteración del orden grave no legislamos como de ello como sucedió de Garavito la violación de niñas entonces se legislo y se le ha pedido la pena de muerte para estas personas cuando la muerte de la menor en estos días también se pide la pena capital la cual constitucionalmente no está establecido y lo que ha sucedido en Bogotá con los accidentes de tránsito donde se ha causado la muerte a cuatro o cinco personas al mismo tiempo el caso de Cúcuta donde una

señora mata a seis de una a lesiona a dos personas entonces el estado a legislar y la única manera de poder sacar adelante una medida de aseguramiento era a través de los agravantes o sea abandono del lugar y la pena preventiva de los artículos anteriores que son los que establece la culpa genera que dentro de la embriaguez existe este agravante aumenta la pena y condona la amerite detención preventiva como lo establece el numeral segundo del artículo 313 y es así cada numeral tiene una aplicación del artículo 310 con una autonomía en la pena porque el aumento es gradual para que no queda nada gradual como en los delitos culposos que no pasan de seis siete meses de prisión como dice el numeral primero del momento de cometer la conducta la gente se encontraba bajo el indulto del alcohol o bebidas alcohólicas embriagantes o drogas o sustancias que produzcan dependencias físicas asido determinante de que la ocurrencia de hecho la pena se aumentara de la mitad a doble de la pena quiere decir de que este agravante tiene una consecuencia jurídica frente a la denominación del tipo la cual esta graduada como delito culposo y se aumentaría a la mitad si cuando ahí deformidad física perdida anatómica entonces aplicando el agravante la pena superaría los 4 años para poder imponer una medida de aseguramiento de acuerdo al grado de embriaguez también existe otras la gente abandona sin justa causa el lugar aumentara de la mitad del doble de la pena si subjetivamente para que pueda el operador judicial determinar que amerita detención preventiva en el establecimiento de especulación.

Por ultimo algún comentario una observación sobre el tema de la encuesta como tal.

El único comentario que haría yo es que por parte de los abogados litigantes de la defensoría pública no existe un contexto de conocimiento directo de la formación de los requisitos formales de la medida de aseguramiento y el mismo fiscal al momento de exponer no tiene la capacidad porque son fiscales nuevos no tienen un estudio ponderado no hacen el sentido de la correlación concreto como es la necesidad de proporcionalidad la de ecuación y racionalidad de la medida de aseguramiento para poderle solicitar al juez poder entender que efectivamente si se necesite imponer la medida de aseguramiento y los defensores no tienen un conocimientos para hacer un contradictorio de manera legal donde el juez le toca casi efectivamente con las uñas de imponer una medida de aseguramiento acorde con la normatividad que hemos expresado en este momento.

Listo doctor muchas gracias.

ENTREVISTA 4

Buenos días, me encuentro con el doctor Edgar Mendoza quien es juez de control de garantías del Distrito Judicial de Cúcuta. Doctor Edgar ¿cuáles son los requisitos formales para la imposición de medidas de aseguramiento para la detención preventiva?

RTA: Hola muy buenos días mi nombre es Edgar Mendoza juez segundo de control de garantía de la ciudad de Cúcuta juez de bandas criminales.

Bueno mire, primero que todo los requisitos formales para la imposición de una medida de aseguramiento son los contenidos en los artículos 308 320 código de procedimiento penal en efecto primero en el que quiere dictar es la inferencia razonable de posible autoría participación del presunto autor del delito sino existe inferencia razonable por supuesto que ningún juez de control de garantías va imponerle medida de aseguramiento de una persona.

2da. esa argumentación corresponde pues lógicamente a la fiscalía general de la nación en caso de que la fiscalía no la solicite pues corresponderá a la víctima por que la victima de acuerdo con la ley 14 artículo de 2011 adquirió esa facultad para efectos asegurar la medida de aseguramiento en caso de que la fiscalía no lo haga obviamente más bien con la debida argumentación respectiva desde el punto de vista del articulo 308 la inferencia razonable con la auditoria es importantísima luego toca que revisar más bien documentar en la fiscalía y o la víctima como dije anteriormente el aserto objetivo es decir si se cumple los requisitos del artículo 313 del código procedimiento penal y pasado pues de ellos si se verifica corresponde establecer cual fin institucional depende proteger con la medida de aseguramiento si la fiscalía o la victima debe argumentar el fin o fines institucionales que pretende proteger con esa medida de aseguramiento dependiendo de cuál sea si es una intramular una domiciliaria o si es una no privativa de la libertad.

En la segunda pregunta, ¿Cuáles son los requisitos materiales para la imposición de medida de aseguramiento para la imposición de detención preventiva en general?

RTA: Bueno, si usted habla de requisitos materiales y formales de principios. Materiales considera usted que está dando de la evidencia o de los elementos materiales probatorios de la información legal obtenida que tenga la fiscalía o la víctima para soportar la petición ¿porque? toda argumentación de eso soportada

también probatoriamente con “evidencia” se debe materialmente debe ir soportada con evidencia que haya sido allegada o lucida y predio traslado a la defensa por parte de la fiscalía y la víctima y con ello entonces sería el fundamento o soporte material con cielo yo se refiere a esa pregunta con efecto de que proceda a imponer la medida de aseguramiento replicada por la fiscalía o por la víctima

Doctor ¿cuáles son los criterios con interpretación jurisprudencial en la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva?

RTA: Bueno mira los criterios son las siguientes consideraciones de acuerdo con la jurisprudencia corte constitucional corte suprema de justicia es lo siguiente primero:

Que en la medida de lo posible la última raqui debe ser la privación de la libertad la última raqui debe ir en el efecto de la fiscalía argumentar razonabilidad necesidad urgencia igualmente debe argumentar la proporcionalidad frente al derecho a la comunidad o la víctimas a que una persona sea privada de la libertad y frente al derecho de esta persona a continuar disfrutando de ese derecho constitucional como es la libertad lo cierto es como lo dije ya puede ser materia el legislador tuvo que tomar cartas en el asunto en sentido que volvimos a veces con la ley 906 algunos jueces y algunos fiscales volvieron a aquello que se decide se aplicaba con la ley 600 del 2000 es la medida de aseguramiento no se le niega a nadie entonces hay que ponderar esos derechos de la sociedad o comunidad de la víctima de la misma administración de justicia a que esta persona entonces sea privada de la libertad los criterios entonces el legislador le decía tuvo que crear la norma de la ley 1760 de artículo 576 porque aquí cualquier delito entonces se consideraba grave como es grave el delito entonces habría que imponerle medida de aseguramiento de función preventiva y entonces los fiscales sin mayor argumentación se solicitaba eso entonces con los delitos que mayores se manejan quien le habla de delitos graves como son el delito de concierto para delinquir crimen agravado lo referente a secuestro extorsiones son los que mayormente cometen las bandas criminales entonces aquí solamente se argumentaba era la posible autoría de esa persona en ese delito y por la gravedad del delito entonces el juez casi como automáticamente imponer la medida de aseguramiento prevención preventiva pues le dice entonces artículo 186 modificado con el artículo 307 ya le corresponde a la fiscalía no solamente en los casos de mayor gravedad en todos los casos que debe en algún argumentar en que la medida de detención preventiva las medidas no privativas de la libertad no son suficientes para garantizar los fines constitucionales establecidos por el legislador lo que debe argumentar la fiscalía o la víctima si es el caso es ¿porque una medida no privativa? Por ejemplo no salir del país, una

caución, porque esa no es suficiente garantizar el fin constitucional que se pretende proteger lo que hacia la fiscalía o lo que hace la fiscalía con la verdad muchos fiscales no han podido entender esta orden en que le da la ley de que tener que argumentar yo primero continuar diciendo es que la medida entra la mural y entra en la entra mural y argumenta en la entra mural no es en la porque no privativa es la que hay que iniciar así no privativa de la libertad no son suficientes para garantizar la medida del fin constitucional que se debe proteger entonces el criterio que maneja este señor judicial por ejemplo primero que todo que todas las normas relativas a la restricción de la libertad interpretar de manera restrictiva así como lo indica el artículo 295 igualmente este juez analiza con profundidad por ejemplo el bien jurídico a proteger se interpreta por partes este juez de manera restrictiva las normas que establece la privación de la libertad y así mismo tenga en cuenta también por ejemplo si la persona es proclive de delito o sea hay que estudiar uno a uno cada uno de los requisitos que se establece para los fines constitucionales que se deben proteger con la medida numero 4 protección a la medida o comunidad protección a la víctima protección de la prueba o obstrucción de la justicia y de evitar el peligro de fugas eso trae su desarrollo legal el artículo 310 dice el artículo 311 el artículo 312 trae ese desarrollo se analiza uno por uno solo es la modalidad del delito de la que el lleva a uno a imponer medida de aseguramiento además de otro lado se entra a estudiar sobre todo esta es la base lo referente a la teoría del delito la medida de aseguramiento lo puede hacer el juez es decir si sea por culpabilidad si tiene alguna causa de ausencia de responsabilidad se pueda diligenciar obviamente si se pone de presente la defensa mejor aún pero es posible sin ser(no comprendo una frase)audiencia donde no es un mini juicio de pruebas pero allí la carga argumentativa de la fiscalía es mayor para tomar medidas de aseguramiento que ya como sabemos la medida de aseguramiento van a tener un tope de duración hasta una hora eso ya quedo definido como antes que la medida de aseguramiento hasta que termine el proceso no la ley 1180 o la ley 1176 dijo un año obviamente unos delitos se duplicaran delitos de la justicia especializada delitos contra menores de edad, delitos sexuales entonces e joven esos son los criterios que tienen en cuenta por ejemplo algunos fiscales que asignen las directivas por que la fiscalía adopta las directivas muy especiales o todos sabe los mediáticos de los casos hace que los fiscales sean temerosos de pedirle a los jueces una medida no privativa teniendo en cuenta por ejemplo la personalidad de la persona su personalidad remitentes sociales familiar laborales todo eso hay que darle en cuenta yo digo lo que pienso por que una persona tiene que ser que se puede equivocar y en lo primero hay que buscar que tenga una broma casa carro o bien de la argumentación que tenga la fiscalía. Espérate un momentico.

Cuarta pregunta, como juez de control de garantía cuando se trate de delitos de homicidios culposos por accidente de tránsito en estado de embriaguez cuál es su criterio desde su punto de vista legal y jurisprudencial para decretar la medida de aseguramiento.

RTA: Primero que todo la medida de aseguramiento eso fue muy mediático cuando salió la ley que prohibía el consumo de alcohol se estableció una ley que ahorita no recuerdo bien eso fue como que en el 2014 o 2015 no recuerdo bien pero la verdad es que nunca he tenido casos de esos de una captura por un homicidio culposos por lesiones personales agravadas por el uso de drogas o de alcohol lo cierto para poner una medida de argumento la argumentación no solamente puede ser el hecho que valla embriagado a la persona eso de pasmo si esa es la argumentación de la fiscalía para solicitar la medida de aseguramiento no le pondría no salte a sabiendas de la presión mediática que puede estar sucediendo últimamente usted ha escuchado normalidad en la prensa o la radio y la televisión tocando esos temas ¿por qué? Ya en esos casos se está imponiendo medidas de aseguramiento de detención preventiva intramurar se está imponiendo dos cosas se hablaba del dolo coyuntural dolo por culpa con representación si unas teorías que ha tocado las personas sabiendo de tanto boom publicitario acerca de no consumir alcohol ni manejar muchas cosas que y es doloroso para las familias decirle no estas personas no va ir a la cárcel de pronto digamos la menos restrictiva derecho es la domiciliaria es la que se acostumbra a dar unos casos y en algunos casos se impone medida no privativa a la libertad en contra de lo que pueda pensar a quien la familia la sociedad la comunidad de pronto el mensaje que se pueda enviar equivocado o que pueda recibir equivoca la comunidad de decir a mira que se pueda emborracharse tomar lo que pueda embriagarse asesinarse tomar en el vehículo y estrellar unas personas que no pasa nada en Colombia no hay cárcel para eso no hay cárcel no quiere decir que no haya cárcel no significa eso si esa persona llega a resultar condenada quiere decir que purgue la pena que corresponda en prisión o en domiciliario pero lo cierto es que una medida de aseguramiento no es la imposición de la pena que es lo que a veces la gente común no entiende que la medida de aseguramiento es una medida preventiva no es la pena en si entonces tendría que argumentar muy bien cuál es el fin por ejemplo pienso yo como la impondré yo esta persona haya ante por ejemplo ya haya tenido dos casos anteriores o un caso anterior la misma situación que haya sido condenado con un hecho de esos y que no haya tomado conciencia no se haya socializado pactamos de otra cosa que estas personas que consumen alcohol son enfermas alcohólicas así como los enfermos de los drogadictos no deben ir a la cárcel deben recibir tratamiento psiquiátrico

sicológico terapéutico clínico entonces habría que la defensa hacer un buen trabajo buen estudio pendiente si establecer la alcoholismo una patología estaríamos hablando de un a imputable corresponde una medida de segura miento entonces la carga argumentativa en esos casos no puede ser solamente derecho que haya consumido solamente alcohol depende mucho también de pronto una concurrencia de culpa una culpa exclusiva de la víctima no estamos hablando una enreguies de que tipo explico una tipo 2 sino en estado de embriaguez pudo a veces tomado dos cervezas y tres cervezas si de frente también viene la prueba científica que indique el estado de embriaguez entonces para qué y por qué digo eso porque a veces la causa del accidente o la causa del hecho si el resultado no fue producto de estar embriagado o de haberse tomado unos tragos sino puede ser achacado o imputabilidad de la víctima porque en un caso de algún niño que la familia lo haya descuidado un anciano que cruza una calle no haya semáforos por ejemplo cosas así el carro obviamente todo esto debidamente estamos hablando de pruebas para la medida de aseguramiento es la argumentación se da la fiscalía es la constitución imponerla

Por última pregunta doctor, alguna observación algún comentario respecto al tema

RTA: La cuestión es la siguiente eso falta es de concientizar a la gente cree la gente común y algunos todavía que no son ni el común tampoco digamos así pero todos creen no hay justicia sino hay cárcel para que haya justicia tiene que haber cárcel eso es una cuestión que hay que cambiar esa mentalidad y es de lo que piensan toda persona merece una segunda oportunidad soy de la persona de que pienso también que lo objetivo esta proscrito como así lo dice la norma en el artículo 12 la responsabilidad objetiva esta proscrita del código penal es decir entonces si se encuentra ay una evidencia que indique objetivamente que esa persona pudo cometer el delito cierto donde queda la persuasión de inocencia recordemos que todos los delitos tiene las causales de justificación todos los delitos si las causales de ausencia de responsabilidad del artículo 32 del código penal es algunos que las llevan ínsitos incluidos expresita mente en el artículo penal por ejemplo cuando dicen en sin injusta causa es decir cuando no es delito ponderado de otra manera civil mente, fiscalmente disciplinariamente tratándole de algún delito cometido por un servidor público pero entonces eso que si la responsabilidad afectiva esta que si tenemos de otro lado la presunción de inocencia pues olla no pónganos la medida de aseguramiento hasta tanto no sea penciaidio ante un juicio de conocimiento que ha tenido en la mediación de la prueba alli se van practicar las pruebas en efecto así se va poner la controversia de la contradicción la confrontación hace poquito la corte suprema escribió una sentencia que habla sobre la flagrancia si es que

algunos fiscales cuando se trataba de situaciones o de hechos donde se capturan en flagrancia e algunos fiscales cuando se da el día del juicio algunos fiscales se oponían unas de las preguntas de la defensa de los policiales que participaban en la flagrancia y con el argumento de que la flagrancia habría sido debatida en las audiencias subliminales ante un juez de control de garantías y eso no es cierto porque es que la defensa en ese momento no tiene la posibilidad de controvertir de contradecir de que si aún una persona se captura en flagrancia lleva ante el cual las 26 horas que posibilidad tiene la defensa en menos de 36 horas para preparar o para poder controvertir a veces ni si quiere el juez de garantía llama a la audiencias preliminares a los policías el artículo 14 además no se puede contra interrogar o interrogatorio cruzado ni las audiencias preliminares solamente el juez pregunta puede de oficio decretar una prueba pero solamente para poder salir de alguna inquietud por una vida frente una situación de flagrancia entonces eso dar esa posibilidad que juicio estando en libertad que o con una medida menos restrictiva que ha intramural que pueda entonces allí si controvertible allí si imponer una pena entonces que las cárceles ya no tenga penas de investigados sino de condenas la frase final no la tendiendo es una observación es un llamado desde escuelas colegios universidades unas charlas mediante una reflexión de verdad veces se impone la medida porque la verdad es necesariamente. Gracias doctor.

ENTREVISTA 5

Funcionario: César Alejandro Ordoñez Ochoa.

Despacho: Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cúcuta.

¿Cuáles son los requisitos formales para la imposición de medida de aseguramiento para la detención preventiva? Que la pena sea menor a 4 años, y que no esté investigado dentro de los 4 años anteriores.

¿Cuáles son los requisitos materiales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en general? Que se cumpla con 1 o 2 de autoría o participación, o con cualquiera de los 3 fines contenidos en el art. 308 del Código de Procedimiento Penal. Que se realice el test de proporcionalidad.

¿Cuáles son los criterios de interpretación jurisprudencial para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva? Interpretación pro homine.

Interpretación restrictiva. Principio de conformidad. Principio de inocencia. Principio de prohibición de exceso.

Como Juez de Control de Garantías, cuando se trata de delitos de homicidio culposo por accidente de tránsito en estado de embriaguez, ¿cuál es su criterio desde el punto de vista legal y jurisprudencial para decretar la medida de aseguramiento? Establecer con la evidencia o la información que suministre la fiscalía, si existe o no la inferencia razonable, materia de imputación; establecer si alguna de las privativas es exagerada o desbordante en cuanto el fin a proteger; aplicación del principio de afirmación de la libertad.

Observaciones: En todo caso el criterio que aplique el Juez de Control de Garantías debe ser partiendo de las premisas de la presunción de inocencia, principio de prohibición de exceso, Principio de la Afirmación de la Libertad, test de proporcionalidad con base a la evidencia que aporte la fiscalía y no guiado por los prejuicios, sesgos cognitivos y tampoco por contaminación de los medios de comunicación.

ENTREVISTA 6

Buenos días, me encuentro con la doctora Eddy Pastora Gómez Peñaranda quien es juez segunda penal municipal con función de control de garantías del Distrito Judicial de Cúcuta.

Doctora Eddy ¿cuáles son los requisitos formales para la imposición de medidas de aseguramiento para la detención preventiva?

RTA: Los requisitos formales para la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva corresponden al cumplimiento del factor objetivo previsto en el artículo 313 del C.P.P.

En la segunda pregunta, ¿Cuáles son los requisitos materiales para la imposición de medida de aseguramiento para la imposición de detención preventiva en general?

RTA: Para decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva se deben cumplir los siguientes requisitos:

Deben existir elementos de conocimientos indicativo de que el imputado es el probable autor o participe de la conducta que se le imputa, y también se condiciona a la concurrencia de alguno de los requisitos previstos en el artículo 308 del C.P.P., tales como que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, i que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Es necesario tener en cuenta que estos son los únicos fines admisibles que pueden llevar a imponer en la medida de aseguramiento como medida cautelar y dadas sus características impone al juez la necesidad de valorar los criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, en la decisión que restringe la libertad, criterios que se derivan del artículo 295 del C.P.P.

Doctora ¿cuáles son los criterios con interpretación jurisprudencial en la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva?

RTA: que se cumplan los principios constitucionales y legales, que se a necesaria, adecuada y proporcional para que se justifique la imposición de la medida de aseguramiento, velando por la salvaguarda del principio de presunción de inocencia, reiterando que la imposición solo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal.

Cuarta pregunta, como juez de control de garantía cuando se trate de delitos de homicidios culposos por accidente de tránsito en estado de embriaguez cuál es su criterio desde su punto de vista legal y jurisprudencial para decretar la medida de aseguramiento.

RTA: debe de analizarse el caso concreto con todos los elementos de idoneidad, toda vez que por el solo hecho de que el presunto autor conduzca en estado de embriaguez, no es suficiente para la imposición de la medida de aseguramiento, para lo que también deben cumplirse los requisitos previstos en el artículo 308 del C.P.P., y valorarse también otras circunstancias tales como el que condujera a una excesiva velocidad, y sin respetar demás normas de tránsito en el trayecto conducido tales como semáforos, llamados “pare”, de forma que sea posible inferir finalmente que el imputado aunque no quisiera el resultado producido si lo miró con indiferencia.

